

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

FELIPE SCHAAAN SIQUEIRA

**AS MEDIDAS CAUTELARES E O PODER GERAL DE CAUTELA
NO PROCESSO PENAL**

Da possibilidade do uso subsidiário do poder geral de cautela, previsto no
Código de Processo Civil, para a decretação de medidas cautelares inominadas
no processo penal

Porto Alegre

2018

FELIPE SCHAAN SIQUEIRA

AS MEDIDAS CAUTELARES E O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Da possibilidade do uso subsidiário do poder geral de cautela, previsto no Código de Processo Civil, para a decretação de medidas cautelares inominadas no processo penal

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca
Andrade

Porto Alegre

2018

FELIPE SCHAAN SIQUEIRA

AS MEDIDAS CAUTELARES E O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Da possibilidade do uso subsidiário do poder geral de cautela, previsto no Código de Processo Civil, para a decretação de medidas cautelares inominadas no processo penal

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Porto Alegre, 11 de janeiro de 2018

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade
Orientador

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Me. Marcus Vinícius A. Macedo

AGRADECIMENTOS

A todos aqueles que estiveram ao meu lado neste maravilhoso devaneio de resistência ao tempo, de rebeldia contra as voltas que o planeta dá. Àqueles que compreenderam que se pode sentar e descansar um pouco durante a longa jornada, mas que se deve levantar, e logo em seguida, continuar em frente na colheita do conhecimento.

Agradeço aos meus queridos colegas de aula que tornaram nossa jornada na faculdade leve, divertida e prazerosa, com cumplicidade, cooperação e camaradagem.

Agradeço também aos meus amigos e colegas de trabalho que se dispuseram a cobrir meus plantões e a me substituir em viagens e operações, por várias vezes, quando o curso exigia minha presença.

À minha família que compreendeu minha vontade de ir em busca de novos desafios.

E agradeço, especialmente, à minha amada esposa Natasha, parceira nos desafios da vida, minha cúmplice e principal incentivadora, que nos meus momentos de fraqueza é meu porto seguro, e que me traz à razão quando dos meus rompantes de exagerada empolgação ou injustificado desencanto.

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo analisar, a partir do estudo da doutrina e da jurisprudência, se é possível o uso subsidiário do poder geral de cautela previsto no atual Código de Processo Civil, em seu artigo 297, pelo juiz no processo penal. Para tanto, busca inicialmente uma perspectiva histórica das medidas cautelares, do direito romano ao direito pátrio. Analisa, a seguir, as características e fundamentos das medidas cautelares em geral, seguido por um estudo das medidas assecuratórias e cautelares tipificadas no direito brasileiro, incluindo as prisões cautelares e o rol de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, que teve sua redação alterada pela Lei 12.403/2011. Esta visão sobre as medidas utilizadas para cautelar o direito e o resultado útil do processo, tem o objetivo de esclarecer a intenção do legislador ao tipificar tais medidas. Definida a finalidade e o propósito das medidas cautelares, este estudo verifica se, diante da possibilidade da aplicação do poder geral de cautela na esfera penal, este rol de medidas cautelares positivadas é taxativo ou apenas exemplificativo, sob a ótica da intenção do legislador ao criar medidas cautelares diversas da prisão, e à luz dos direitos fundamentais e da Constituição da República Federativa do Brasil. Este estudo busca, ainda, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, julgados, tanto favoráveis quanto contrários ao uso do poder geral de cautela na esfera penal, que exponham os argumentos e fundamentações dos magistrados. Por fim, se faz uma análise do projeto do novo Código de Processo Penal que tramita no Legislativo em relação ao poder geral de cautela.

Palavras-chave: Poder Geral de Cautela; uso subsidiário; medidas cautelares diversas da prisão; taxatividade; direitos fundamentais.

ABSTRACT

This monograph intends to analyze, based on the study of doctrine and of legal literature, if it is possible for a judge in a penal case to make subsidiary use of the General Power of Caution envisaged in the current Code of Civil Procedure, Article 297. For this purpose, we initially seek a historical perspective of precautionary measures, from Roman law to Brazilian law. Then we analyze the characteristics and foundations of the precautionary measures in general, followed by a study of the precautionary and assurance measures typified by Brazilian law, including preventive imprisonment and the array of diverse precautionary measures in prison, prescribed in Article 319 of the Code of Criminal Procedure, whose redaction was altered by the Law 12.403/2011. This perspective about the measures utilized to caution the law and the useful result of the process has the objective of clarify the intention of the legislator as he or she typifies this measures. Having defined the purpose of the precautionary measures, we verify if, giving the possibility of implementation of the general power of prudence in the penal sphere, this list of precautionary measures is exhaustive or merely illustrative, in the standpoint of the intent of the legislator who created the diverse set of precautionary measures regarding prison and in the light of the fundamental rights and of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. We also seek that, in the jurisprudence of the Federal Supreme Court and of the Superior Court of Justice, judges, either favorable or unfavorable to the use of the general power of caution in the penal sphere, expose their arguments and reasoning. We conclude with an analysis of the project of the new Code of Criminal Procedure that is pending in the Legislative in relation to the general power of caution.

Keywords: General Power of Caution; subsidiary use; precautionary measures other than imprisonment; fundamental rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. MEDIDAS CAUTELARES	12
2.1 Medidas cautelares ao longo da história	13
2.2 Características das medidas cautelares	16
2.3 Fundamentos das medidas cautelares	18
3. MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS DO PROCESSO PENAL	20
3.1 Medidas assecuratórias	20
3.1.1 Sequestro	21
3.1.2 Hipoteca legal	21
3.1.3 Arresto	22
3.1.4 Alienação antecipada de bens	23
3.2 Prisões cautelares	23
3.2.1 Prisão em flagrante	24
3.2.2 Relaxamento da prisão ilegal	26
3.2.3 Concessão de liberdade provisória	26
3.2.4 Prisão preventiva	28
3.2.5 Prisão domiciliar	31
3.2.6 Prisão temporária	31
3.3 Medidas cautelares típicas diversas da prisão	33
3.3.1 Comparecimento periódico em juízo	34
3.3.2 Proibição de ir a determinados lugares	34
3.3.3 Proibição de manter contato com determinada pessoa	35
3.3.4 Proibição de ausentar-se da Comarca	35
3.3.5 Recolhimento domiciliar	36
3.3.6 Suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica	36
3.3.7 Internação provisória	37
3.3.8 Fiança	38
3.3.9 Monitoração eletrônica	38
3.3.10 Proibição de ausentar-se do país	39

4. O PODER GERAL DE CAUTELA	41
4.1 O poder geral de cautela no processo penal	44
4.1.1 Argumentos doutrinários contrários ao poder geral de cautela em esfera penal	44
4.1.2 Argumentos doutrinários favoráveis ao poder geral de cautela em esfera penal	46
4.1.3 Argumentos jurisprudenciais contrários ao poder geral de cautela em esfera penal	49
4.1.4 Argumentos jurisprudenciais favoráveis ao poder geral de cautela em esfera penal	50
4.2 O poder geral de cautela no projeto do novo Código de Processo Penal	54
5. CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1. INTRODUÇÃO

Há dois tipos de tutela jurisdicional que o Estado tem o dever de oferecer, a tutela definitiva e a tutela provisória. Enquanto a tutela definitiva é atingida pela cognição exauriente, quando é debatida a fundo toda a lide sob a garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, a tutela provisória é baseada em uma cognição sumária e rasa, em uma visão superficial do conflito, fundamentada pela urgência e pela evidência.¹

As medidas cautelares têm a função de resguardar a efetividade do processo, de garantir a utilidade do seu resultado, diante do tempo em que ele se estende. Durante este período, é possível que ocorram situações que possam ameaçar e prejudicar o resultado útil do processo, e, para barrar esses possíveis danos, são utilizadas as medidas cautelares.²

As medidas cautelares acompanham a história do direito. Já na Roma antiga havia uma espécie de processo chamado *Interdito*, semelhante ao atual processo cautelar.³

Durante a idade média, com a massiva influência do direito canônico, a prisão preventiva foi amplamente utilizada.

No Brasil, em 1850 surge o Regulamento 737 que tratava, em seu título VI, dos procedimentos preventivos onde eram contempladas várias medidas cautelares, entre elas a detenção pessoal.

Em 1891, com a proclamação da República e a nova constituição inspirada no modelo americano que dava aos Estados a competência para legislar em matéria processual, surgiram normas processuais de natureza preventiva, inclusive medidas cautelares inominadas. Essa competência dos Estados teve fim com a Constituição de 1934, voltando a União a ter legitimidade exclusiva para legislar em matéria processual, quando foi editado o Código de Processo Civil (CPC) de 1939, onde também eram tratadas medidas cautelares para evitar os danos que o tempo de decorrência do processo poderia causar.

¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. V.2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2105. p.561 a 641.

² CALAMANDREI, Piero. **Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p. 27.

³ CARVALHO, Thiago R.; BEDÊ, Judith A. S. **Supostos Históricos do Processo Cautelar**. Belo Horizonte: Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. nº 31. Jan/Abr. 2017. p. 109. Disponível em <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/02/DIR31-08.pdf>. Acessado em 12/10/2017.

O chamado Código Buzaid de 1973 mostrou a preocupação com o risco à utilidade do processo e dedicou um livro apenas para tratar das medidas cautelares.⁴ Por fim, o CPC atual mantém a preocupação com a ameaça ao resultado útil do processo e mantém as medidas cautelares baseadas no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*.

São várias as medidas cautelares previstas, porém muito maior é o número de situações que podem surgir nos casos concretos, o que torna impossível ao legislador prever a todas e determinar para cada situação uma medida cautelar específica.⁵ Para tanto, o atual CPC, em seu artigo 297, dá poderes ao juiz para arbitrar a medida cautelar que mais se ajuste ao caso concreto. É o chamado *Poder Geral de Cautela* que confere ao magistrado a discricionariedade de conceder medidas cautelares não tipificadas, que não estão descritas abstratamente em qualquer norma jurídica quando, no caso concreto, as *cautelares típicas* não sejam suficientes ou extrapolem o necessário para garantir o resultado útil do processo.⁶

O Poder Geral de Cautela está positivado no art. 297 do CPC, mas não está explícito no Código de Processo Penal (CPP), porém, em seu art. 3º, o CPP diz “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como suplemento dos princípios gerais de direito.”⁷ Neste ponto surge a controvérsia entre os juristas onde, de um lado, estão os que dizem que não há previsão legal do Poder Geral de Cautela no processo penal, apoiados principalmente no princípio da legalidade, e de outro lado, os que afirmam que cabe a aplicação subsidiária do Poder Geral de Cautela previsto no CPC, baseado no art. 3º do CPP e no princípio da proporcionalidade. Também gera discussão a interpretação do art. 319 do CPP que reza sobre as medidas cautelares diversas da prisão. Alguns juristas dizem se tratar de um rol exemplificativo, outros o interpretam como um rol taxativo que não abriria margem para a aplicação de medidas cautelares atípicas pelo juiz do processo penal.

⁴ CARVALHO, Thiago R.; BEDÊ, Judith A.S. **A Evolução do Processo Cautelar Brasileiro**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/t9d985rd/Nd7IAN6YS8nS0tiK.pdf>. Acessado em 11/10/2017.

⁵ LIMA, Marcellus P. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p.124.

⁶ PACELLI, Eugênio. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A Reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p.64.

⁷ Brasil. **DECRETO-LEI nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Livro I, Título I, Art. 3º. Código de Processo Penal**. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acessado em 11/10/2017.

Além destes argumentos, ambas as correntes se apoiam em ideais fundados nos direitos e garantias fundamentais que direcionaram a Constituição brasileira.

Esta antagônica posição que se vislumbra, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, motivou este estudo. Para compreender os argumentos utilizados por ambas as correntes, a pesquisa buscou na doutrina obras de vários juristas e, na jurisprudência, vários julgados dos tribunais superiores onde o tema é tratado.

2. MEDIDAS CAUTELARES

O processo cautelar e as medidas cautelares, como ensinava o jurista italiano Piero Calamandrei no início do século passado, são o instrumento do instrumento. Enquanto o processo principal é o instrumento para alcançar a efetiva prestação jurisdicional, as medidas cautelares são o instrumento para garantir a sua realização plena e eficaz.⁸ A função das medidas cautelares é garantir o resultado útil do processo, seja no direito civil, no direito penal, ou em qualquer outro ramo do direito. O tempo transcorrido entre o início do processo e o trânsito em julgado da demanda pode ser muito longo, seja pela morosidade da justiça ou pela real necessidade de prazos para que todos os atos necessários para a cognição exauriente se efetuem, ou ainda, para que todos os recursos sejam apreciados. No transcorrer deste período, várias situações que colocariam em risco o resultado útil do processo podem surgir, como, por exemplo, o devedor se desfazer de todo o seu patrimônio, sabendo que perderá a ação, ou o acusado destruir provas que o incriminariam. A função das medidas cautelares é impedir que isso ocorra, resguardando a capacidade do Estado-juiz de prestar, com eficácia, a esperada tutela jurisdicional para quem o procurou. Segundo Fredie Didier Jr:

A tutela cautelar é o meio de preservação de um outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela. Há o direito à cautela e o direito que se acautela.⁹

Também Humberto Theodoro Jr., sobre a função das medidas cautelares diz:

[...] a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.¹⁰

⁸ CALAMANDREI, Piero. **Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p. 28.

⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. V.2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2105. p. 562.

¹⁰ THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. V. II. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 530.

2.1. As medidas cautelares ao longo da história

O embrião do processo cautelar surgiu ainda na Roma antiga, pela atuação do *praetor*, magistrado que detinha o poder e a função de distribuir a justiça através do exercício do *imperium*, poder recebido do povo para representar o Estado. Esse poder conferido ao magistrado romano incluía a possibilidade de tomar medidas de cautela em favor do ofendido, preservando bens do litigado para futura satisfação do direito pleiteado¹¹. Citando Vicente Arangio-Ruiz, Villar diz:

[...] em muitos casos, a comprovação de novas necessidades sociais e o conselho dos juriconsultos obrigavam o pretor a criar meios defensivos, encaminhados, sobretudo, a preparar futuras ações ou a paralisar as já conhecidas pelo *jus civile*.¹²

De início, o poder de *imperium* dava ao magistrado romano a discricionariedade de punir sem qualquer controle, da maneira que achasse conveniente, determinando como, quando e com qual intensidade seria a punição. Pelo uso desse poder foram cometidos abusos, levando a criação de leis que disciplinassem tais procedimentos, por volta o séc. VI a.c., quando do início do período da República¹³.

Dentre as medidas cautelares criadas pelos romanos, como exemplo, encontra-se o *cautio damini infecti*, que se tratava de uma caução arbitrada pelo pretor para garantir o pagamento de uma dívida. Também era uma medida cautelar a *possessionem* que determinava a guarda, por um terceiro, do objeto do litígio, e ainda a medida acautelatória do *apud sequestrem*, colocar sob a guarda de um terceiro o bem ou bens para serem entregues ao vencedor da lide.¹⁴

Outro exemplo de medida cautelar utilizada pelo direito romano é a prisão cautelar, que tinha a função exclusivamente de custódia e não caráter punitivo. A prisão preventiva, considerada de caráter *extrema ratio*, não era adotada quando existia a possibilidade de ser substituída por outra medida assecuratória, como a fiança. Nota-se aqui uma preocupação com a aplicação de medida, quando possível,

¹¹ VILLAR, Willard C. **Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 15-17.

¹² VILLAR, Willard C. **Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 17

¹³ SANGUINÉ, Odone. Genealogia e Evolução Histórica da Prisão Cautelar. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo. **Processo Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 205-211

¹⁴ MEDEIROS, Cícero A. **Aspectos Históricos das Medidas Cautelares no Processo Penal Brasileiro**. 2013. Disponível em <https://www.webartigos.com/artigos/1-aspectos-historicos-das-medidas-cautelares-no-processopenal-brasileiro/109906/>. Acessado em 13/09/2017.

menos gravosa que o cerceamento da liberdade do acusado. Já no final da República romana, a prisão cautelar era extremamente excepcional sendo preferidas as medidas assecuratórias de natureza patrimonial. Assim ensina Sanguiné:

Em síntese, apesar das variações dos diversos períodos, das fontes romanas pode-se extrair diversas conclusões: (a) a decretação da prisão preventiva no sistema do direito romano dependia do poder eminentemente discricionário compreendido no *imperium* do magistrado; não obstante, (b) os magistrados romanos faziam um uso limitadíssimo da prisão preventiva (c) porquanto estava vinculada à existência de um processo e quando houvesse confissão do imputado e também à prova do crime; (d) os romanos sempre fizeram uso irrestrito da liberdade vigiada (*custodia lebera*), revelando que (e) a prisão preventiva desempenhava uma função de garantia como forma de assegurar o comparecimento do acusado ao processo na medida em que (f) sua finalidade era assegurar a execução da pena definitiva;¹⁵

Com a queda de Roma, no medievo conviviam institutos do direito romano, dos direitos dos povos bárbaros e do direito canônico, resultando na lenta formação de um novo direito, trazendo, consigo medidas, cautelares como o a penhora privada do direito germânico que viria a dar origem ao arresto como conhecido hoje.¹⁶

No direito processual brasileiro, desde cedo, houve preocupação com os perigos ao resultado útil do processo. A primeira manifestação dessa atenção dada pelo legislador se manifestou no Regulamento 737 de 1850, em seu título V, denominado “Dos processos preparatórios, preventivos e incidentes”, com algumas medidas acautelatórias que ainda podem ser encontradas no atual ordenamento, entre elas o arresto e a detenção pessoal.¹⁷

O arresto seria aplicado se o requerente comprovasse a dívida concomitante com a inexistência de domicílio certo do devedor ou a intenção deste em fugir, a venda dos bens que possuía ou a inadimplência com o vencimento da obrigação. Poderia ser utilizado também quando o devedor contraísse outras dívidas que colocasse em risco o seu patrimônio ou praticasse qualquer outra ação fraudulenta com o intuito de não cumprir a obrigação. Já a detenção pessoal também podia ser utilizada como medida cautelar nos casos em que, comprovadamente, o devedor tinha a intenção de fugir para não pagar a dívida ou, de mudar-se sorrateiramente sem o conhecimento

¹⁵ SANGUINÉ, Odone. Genealogia e Evolução Histórica da Prisão Cautelar. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo. **Processo Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 205

¹⁶ VILLAR, Willard C. **Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 18

¹⁷ CARVALHO, Thiago R.; BEDÊ, Judith A.S. **A Evolução do Processo Cautelar Brasileiro**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/t9d985rd/Nd7IAN6YS8nS0tiK.pdf>. Acessado em 11/10/2017.

dos credores ou ainda, praticasse o demandado qualquer movimento nitidamente de má-fé para se esquivar do cumprimento da obrigação. Além do arresto e da detenção pessoal, o Regulamento 737 previa outras medidas cautelares como as vendas judiciais no caso de bens perecíveis, e o depósito, instituto que ocorria quando o credor se recusasse a receber, se negasse a dar quitação ou houvesse discordância quanto ao valor da dívida.¹⁸

A proclamação da república e a promulgação da Constituição Federal de 1891, de notada inspiração na carta americana, os Estados (Unidos do Brasil) passaram a ter a competência para legislar nos temas processuais. Embora cada Estado tenha criado seus próprios códigos de processo, todos foram mesclas do Regulamento 737 com as Ordenações portuguesas. Foi desta época a positivação da medida cautelar inominada tendo como pressuposto o perigo eminente ao resultado útil do processo.¹⁹

Com a segunda Constituição do período republicano do Brasil, promulgada em 1934, no chamado Governo Constitucional de Vargas a competência para legislar em matéria processual voltou a ser da União. Em 1939 entrou em vigor o CPC e, logo depois, o CPP de 1941.

O CPC de 1939 trazia um rol de medidas cautelares, muito semelhante ao atual, como o arresto de bens e o sequestro de coisa móvel ou imóvel, busca e apreensão, prestação de caução, exibição de documentos, livros e coisas, entre outros. Este rol não era taxativo pois o Art. 675 já trazia o poder geral de cautela²⁰.

No CPC de 1973, é explícita a preocupação com a cautelaridade no processo, tanto que foi dedicado por Buzaid todo um livro ao processo cautelar e às medidas cautelares, prevendo, inclusive, o poder geral de cautela.

O CPP, ainda hoje vigente, data de 1941, época conturbada e marcada pelo autoritarismo. Isso é refletido na ideia de presunção de culpabilidade e não na atual presunção de inocência condizente com os princípios da Constituição Federal de

¹⁸ CARVALHO, Thiago R.; BEDÊ, Judith A.S. **A Evolução do Processo Cautelar Brasileiro**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/t9d985rd/Nd7IAN6YS8nS0tiK.pdf>. Acessado em 11/10/2017

¹⁹ CARVALHO, Thiago R.; BEDÊ, Judith A.S. **A Evolução do Processo Cautelar Brasileiro**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/t9d985rd/Nd7IAN6YS8nS0tiK.pdf>. Acessado em 11/10/2017.

²⁰ Art.675. Além dos casos em que a lei expressamente autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I- quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes; III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

1988. Na vigência do texto original, o CPP de 1941 tratava a medida cautelar da prisão preventiva como regra onde a garantia da segurança pública tinha mais peso que a liberdade individual. Esta dualidade começou a desequilibrar em favor da liberdade como regra com as reformas sofridas pela legislação processual penal nos anos 70 e ganhou mais força com novas alterações que ocorreram em 2008.²¹

O traço marcante deste período era a falta de medidas intermediárias entre a liberdade e a prisão. Com a falta de opções entre prender e deixar livre o investigado e a pressão exercida pela quantidade de pessoas presas cautelarmente que sobrecarregavam o sistema prisional, somado ao peso dos princípios expostos pela chamada constituição cidadã, os juízes passaram aplicar, subsidiariamente, o poder geral de cautela previsto de CPC ao processo penal. Nesta linha diz Lúcia Magalhães:

Até o advento da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, o sistema cautelar brasileiro era, morfológicamente, bastante pobre resumindo-se à prisão cautelar ou liberdade provisória. Diante disso, começaram a surgir decisões que, por exemplo, revogando uma prisão preventiva, impunham “condições” ao imputado, tais como entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens, etc. No mais das vezes, tais medidas vinham decretadas a título de “poder geral de cautela”, invocando o art. 798 do CPC.²²

Em 2011, depois de 10 anos de tramitação no poder legislativo, surge a Lei 12.403 que apresenta um rol de medidas cautelares diversas da prisão. Até então as medidas cautelares do processo penal se limitavam aos extremos: prisão cautelar e liberdade provisória. A Lei 12.403/2011 trouxe medidas cautelares alternativas que atuam sobre o *status libertatis* do investigado porém, menos gravosas que a prisão que passou a ser a medida cautelar extrema.

2.2. Características das medidas cautelares

Como toda tutela provisória, as medidas cautelares têm, como características, a cognição sumária e a precariedade.

A cognição sumária é uma visão superficial da lide. O juiz, ao conceder uma medida cautelar, não tem certeza de que a parte atingida por ela é culpada, mas sim

²¹ MAGALHÃES, Lúcia Regina Esteves. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 4: Curso “O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal”. EMERJ. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_227.pdf. Acessado em: 02/10/2017.

²² LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.807.

vê a possibilidade que a seja. Ele, ao conceder a medida cautelar, vai tutelar não a verdade ou a certeza, mas a mera aparência, baseado em uma prova robusta somada a uma probabilidade forte, mas ainda uma probabilidade.

A medida cautelar é precária pois pode ser revogada ou modificada a qualquer momento uma vez que não faz coisa julgada material. Pode ela ser revogada ou modificada pela aceitação de um recurso interposto, por exemplo, ou ainda pela alteração dos fatos que levaram o juiz a decretá-la.

Também caracterizam as medidas cautelares a referibilidade e a temporariedade. Referibilidade no sentido de se referir a outro direito pleiteado com a intenção de preservá-lo. Fredie Didier Jr. discorre sobre essa idéia:

A tutela cautelar é o meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela. Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado, é o direito sobre que recai a tutela cautelar. Essa referibilidade é essencial.²³

A temporariedade da medida cautelar se dá por ser eficaz durante tempo limitado, uma vez que deve durar apenas o tempo necessário para a preservação do resultado útil do processo a que se propõe. Ela perde a eficácia quando atinge seu objetivo ou quando deixam de existir os motivos que fizeram com que fosse decretada. Também perde sua função e deixa de existir quando o processo tem seu desfecho definitivo.²⁴

No âmbito do processo penal, as medidas cautelares podem ser pessoais, patrimoniais ou probatórias.²⁵

As cautelares pessoais são aquelas que atingem alguém específico e dizem respeito à liberdade desta pessoa. Ao decretá-la o juiz avalia o *status libertatis* do indivíduo, ou seja, se este deve sofrer alterações, indo da restrição de direitos ao cerceamento da liberdade.

As medidas cautelares patrimoniais (ou reais, ou assecuratórias) dizem respeito a bens com algum tipo de finalidade ressarcitória. Resguardam o bem para garantir um direito a ser ressarcido.

²³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. V.2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2105. p. 562-563.

²⁴ Donizetti, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2017 p.559.

²⁵ LIMA, Marcellus P. **Curso de processo penal**. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.687

Já as cautelares probatórias dizem respeito à produção antecipada de provas.

2.3. Fundamentos das medidas cautelares

Tanto no processo civil quanto no processo penal, para que o juiz conceda uma medida cautelar se faz necessário o preenchimento de certos requisitos.

No âmbito do processo civil, estes requisitos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, é a demonstrada probabilidade da existência do direito subjetivo que vai convencer o juiz, após a análise superficial da lide, a assegurar o direito pleiteado pela parte através da decretação de uma medida cautelar. Ainda neste sentido, Didier afirma:

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade da existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito).

O magistrado precisa avaliar se há “elementos que evidenciem” a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC).

Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, na narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independente da produção de prova.

Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.²⁶

Já o *periculum in mora* é o risco que a demora no transcorrer processual representa ao resultado útil do processo. A morosidade do processo traz o risco de dano irreparável e irreversível à prestação jurisdicional. A medida cautelar baseada no *periculum in mora* é cabível quando for impossível esperar pelo término de todo o processo para receber a tutela jurisdicional, pois, se deixado decorrer todo esse prazo, ao final, pode ser inútil o resultado ao demandante.

Em se tratando do processo penal, estes dois requisitos, a fumaça do bom direito e o perigo na demora, também estão presentes, sendo denominados, respectivamente de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

²⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. V.2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2105. p. 595-596.

O *fumus comissi delicti*, ou aparência do fato delituoso, consiste em fundadas razões de autoria ou participação do alvo da medida cautelar baseadas em qualquer tipo de prova admitida. É a ideia de que há fortes indícios de que a pessoa contra quem se volta a medida cautelar, possa ter sido o autor ou partícipe da prática do delito objeto da investigação e que, a sua decretação, tem o objetivo de garantir a futura ação penal ainda na fase de investigação ou, uma futura condenação quando a medida cautelar for pedida ao longo do processo penal.

Já o *periculum libertatis* se refere ao fato de o sujeito alvo da medida cautelar estar em liberdade no transcorrer da investigação criminal ser prejudicial à mesma. Trata do perigo que o fato de o sujeito investigado ou processado estar em liberdade representa ao resultado final do processo, à aplicação da pena que será futuramente imposta ou, ainda, à sociedade. Esta ideias estão explícitas nos artigos 282,²⁷ e 312²⁸ do CPP.

²⁷ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

²⁸ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

3. MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS DO PROCESSO PENAL

As medidas cautelares previstas pelo legislador e tipificadas na lei penal, como todas as medidas assecuratórias, tem por objetivo a preservação do resultado útil do processo, no caso específico do processo penal, garantir a investigação, a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

3.1. Medidas assecuratórias

As medidas assecuratórias são medidas cautelares que incidem sobre o patrimônio do acusado com o objetivo de garantir algum tipo de indenização.

Ao ser cometido o delito penal, além de fazer surgir o direito do Estado de punir o criminoso, pode gerar um direito a uma indenização às vítimas, conforme o dano causado. Esta indenização poderá resultar de um acordo entre ofensor e ofendido. Caso não cheguem a um acordo para o ressarcimento dos danos, as vítimas podem recorrer a uma ação judicial civil e, para tanto, existem duas opções: a ação de execução *ex delicto*, para a qual é necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória com a qual proporá uma ação de execução na esfera cível; ou a ação civil *ex delicto*, que se trata do ajuizamento imediato de uma ação ressarcitória de natureza cível, fundada no art. 64 do CPP, a fim de obter um título executivo e então executar a cobrança.

Se o lesado está aguardando o trânsito em julgado da ação penal para propor uma ação de execução *ex delicto*, precisa resguardar o patrimônio do acusado durante o processo penal. Para este fim, existem as medidas assecuratórias trazidas pelo CPP que visam reservar o patrimônio do acusado para indenização de suas vítimas.

Sobre as medidas assecuratórias, diz Avena:

Medidas assecuratórias, portanto, são ações de natureza cautelar, previstas nos arts. 125 a 144 do CPP, que têm como objetivo garantir que se efetivem os efeitos extrapenais obrigatórios da sentença penal condenatória, quais sejam, tornar certa a obrigação do réu em indenizar a vítima pelos danos causados com o crime e conduzir à perda dos bens que tiver o condenado adquirido com o proveito da infração.²⁹

²⁹ AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ª edição. São Paulo: MÉTODO. 2017. p. 271.

3.1.1 Sequestro

Sequestro, previsto no art.125 do CPP³⁰, é a medida cautelar que visa reter os bens, tanto móveis quanto imóveis, do indiciado ou acusado, mesmo que em poder de terceiros, obtidos como resultado da prática criminosa, impedindo-o de deles se desfazer durante o desenrolar do processo, com o intuito de garantir a indenização das vítimas ou impedi-lo de obter lucro através do cometimento do crime.³¹

Para a obtenção do sequestro deve haver fortes indícios de que os bens a que se destina sejam fruto da ação delituosa.

O sequestro se dará em qualquer fase do processo ou ainda durante o inquérito policial, podendo ser requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial, pela vítima ou decretado, de ofício, pelo juiz.

A medida assecuratória perderá sua eficácia, quando decretada na fase de investigação, se não for ajuizada a ação no prazo de 60 dias de sua efetivação. Também ocorrerá o levantamento do sequestro se, tratando-se de bem em poder de um terceiro de boa-fé, este oferecer uma caução de valor correspondente à indenização pleiteada pelo ofendido. O sequestro, logicamente, perderá também sua eficácia quando o réu for absolvido definitivamente ou quando se extinguir a punibilidade do ato delituoso.

Caso o réu seja condenado com sentença transitada em julgado, o juiz, por iniciativa própria ou a pedido dos interessados, determinará a avaliação dos bens sequestrados e sua posterior alienação em hasta pública. Indenizadas as vítimas e os terceiros de boa-fé, o restante do valor apurado com a venda dos bens resguardados se destinará ao Tesouro Nacional.

3.1.2 Hipoteca Legal

Enquanto o sequestro recai sobre bens fruto de ação delituosa, a hipoteca legal, positivada no art. 134 do CPP³², atinge os bens de origem lícita pertencentes ao

³⁰ Art. 125. Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 342.

³² Art. 134. A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

réu, sendo vedada sua incidência sobre bens de terceiros. Esta medida cautelar resguarda patrimônio do acusado para que, se condenado a indenizar suas vítimas, tenha patrimônio suficiente para tanto. A hipoteca legal é um recurso utilizado pelo ofendido pelo crime praticado que, constatando que seu ofensor está se desfazendo de seu patrimônio durante o transcorrer do processo, pede esta medida cautelar ao juiz para garantir sua futura indenização quando, diante da sentença condenatória transitada em julgado, proporá uma ação de execução *ex delicto*.

Assim como as demais medidas cautelares, a concessão da hipoteca legal se baseia no *fumus boni iuris* e, principalmente, no *periculum in mora*, em que a morosidade do processo permita ao réu desfazer-se de seu patrimônio inviabilizando, assim, o ressarcimento do ofendido.

A hipoteca legal perderá sua eficácia somente quando o réu for absolvido por sentença transitada em julgado ou quando for extinta a punibilidade.

Cabe ao ofendido requerer a hipoteca legal contra os bens do ofensor porém, poderá, o Ministério Público, pedir a medida cautelar quando o interessado for a Fazenda Pública ou quando atuar como substituto processual. Sendo a hipoteca legal um direito real, cabe ao ofendido promover a liquidação e execução da sentença. Caso o condenado não satisfaça a indenização, mediante uma execução civil, os bens atingidos pela hipoteca legal serão alienados e o valor arrecadado caberá ao executor até o limite fixado na liquidação da sentença.

3.1.3 Arresto

Durante o período que abrange o pedido de hipoteca legal e a sua efetivação, o possível futuro condenado pode continuar se desfazendo do seu patrimônio. Para evitar que isso aconteça, o ofendido pode se utilizar da medida assecuratória do arresto. Diz o art. 136 do CPP³³ que o arresto pode decretado de início, antes da instauração do processo, e deverá ser seguido da inscrição da hipoteca legal num prazo máximo de quinze dias, sob pena da perda da eficácia da medida assecuratória.

O arresto incidirá, preferencialmente, sobre bens imóveis, somente alcançando bens móveis sujeitos à penhora se os primeiros forem insuficientes para garantir a

³³ Art. 136. O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal.

futura indenização ao ofendido pela prática criminosa. Sob o arresto de bens móveis diz Avena:

Trata-se de medida cabível apenas na hipótese de o réu não possuir bens imóveis passíveis de hipoteca ou se o seu patrimônio imobiliário já hipotecado mostra-se insuficiente para cobrir a integralidade da responsabilidade civil estimada.³⁴

3.1.4 Alienação antecipada de bens

As medidas assecuratórias visam resguardar patrimônio suficiente para prover a indenização ao ofendido, ou seja, garantir o resultado útil da sentença condenatória no que se refere ao ressarcimento dos danos causados pela atuação criminosa do réu. Pode ocorrer que os bens acautelados pelas medidas assecuratórias sejam perecíveis ou sujeitos a variações de valor. Para prevenir a perda do valor dos bens ou altos custos para a sua manutenção, é permitido ao juiz, através do art. 144-A do CPP³⁵, promover a imediata alienação destes, com o mesmo objetivo de assegurar que haja patrimônio disponível ao término do processo para custear a indenização ao ofendido pela prática criminosa do se for este o resultado da sentença.

Os fatores que afetam os bens indisponibilizados que podem levar o juiz a antecipar sua alienação são, o perigo de deterioração ou de depreciação, difícil e onerosa manutenção ou armazenagem.

3.2 Prisões cautelares

A prisão cautelar é uma medida assecuratória, baseada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*, de caráter pessoal, uma vez que atinge um indivíduo específico, privando-o da liberdade, impondo-lhe uma restrição ao seu direito de ir e vir através do encarceramento. A medida cautelar pode ser imposta de forma preparatória quando ocorre durante a realização do inquérito policial ou pode ser incidental quando aplicada durante o processo.

³⁴ AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ª edição. São Paulo: MÉTODO. 2017. p. 288

³⁵ Art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

O CPP traz três modalidades de prisão cautelar, sendo elas a prisão temporária, a qual tem a finalidade de proteger e auxiliar na investigação do fato delituoso, podendo ser aplicada somente nesta fase; a prisão preventiva que pode ocorrer tanto na fase de investigação quanto na fase processual, independente da instância onde se encontra o processo; a prisão em flagrante que ocorre quando se tem a certeza de ter ocorrido o fato delituoso e que o agente alvo da prisão o praticou.

3.2.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante ocorre quando o agente é surpreendido praticando a infração penal ou logo depois. É o único tipo de prisão temporária que independe da autorização do poder judiciário pois trata-se de ato administrativo, somente se transformando em ato judicial quando de sua comunicação ao juiz competente.³⁶

Até a edição da Lei 12.403 de 2011 que modificou o art. 310, inciso II do CPP, era majoritário, entre os juristas, a ideia de que a prisão em flagrante se tratava de prisão cautelar e, o detido nesta condição poderia ser mantido encarcerado (preso em flagrante) para garantir o resultado útil da investigação criminal e do processo enquanto estes estivessem em andamento. Porém, após a entrada em vigor da referida lei, não é mais possível manter o indivíduo sob a condição de preso em flagrante depois do recebimento pelo poder judiciário o auto de prisão, sendo necessária a conversão em prisão preventiva para que se mantenha o cerceamento de liberdade do agente detido. Sendo assim, muitos doutrinadores entendem que a prisão em flagrante perdeu o caráter de prisão cautelar, classificando-a como um ato preparatório, uma prisão pré-cautelar, pois não tem a função de resguardar e garantir o resultado útil da investigação ou do processo, sendo estes atributos da prisão preventiva decorrente da homologação do flagrante.

A prisão em flagrante está positivada no Art. 5º, LXI da Constituição Federal³⁷ e nos Arts. 301³⁸ e seguintes do CPP.

³⁶ AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ª edição. São Paulo: MÉTODO. 2017. p. 637.

³⁷ Art. 5º, LXI, CF – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

³⁸ Art. 301, CPP – Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302, CPP – Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

Conceituando a prisão em flagrante, Nestor Távora diz:

Flagrante é o delito que ainda “queima”, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o ato corre de inopino (art.5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização.³⁹

Existem três espécies de flagrante: o flagrante próprio, o flagrante impróprio (também chamado de quase flagrante) e o flagrante presumido.

O flagrante próprio está positivado no art. 302, incisos I e II do CPP e ocorre quando o indivíduo é surpreendido cometendo o ilícito ou em momento imediatamente após, ainda no local onde praticou o ato delituoso.

Já o flagrante impróprio, ou quase flagrante, tipificado no inciso III do art. 302, ocorre quando o indivíduo não foi surpreendido praticando o ilícito ou logo em seguida de praticá-lo, mas é perseguido a partir do local onde praticou ininterruptamente até ser finalmente capturado.

Ainda há o flagrante presumido, previsto no art. 302, inciso IV, que se caracteriza pela localização, ato contínuo a pratica do delito, do indivíduo portando objetos que indiquem ter ele praticado o fato tipificado, como armas ou produtos do crime.

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz tem três opções, como reza o art.310 do CPP⁴⁰:

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa,

³⁹ TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2017. p. 905.

⁴⁰ Art.310, CPP – Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança

3.2.2 Relaxamento da prisão ilegal

Assim que o magistrado recebe o auto de prisão em flagrante, seu primeiro ato será a verificação se a prisão foi dentro do que reza a lei. Uma vez constatadas ilegalidades, segundo a inciso I do art. 310 do CPP, deverá, o juiz, relaxar a prisão. O relaxamento implica na soltura do preso porém, pode ou não ser acompanhada da decretação de medidas cautelares diversas da prisão ou, ainda, a decretação da prisão preventiva do indivíduo, dependendo das circunstâncias.⁴¹

3.2.3 Concessão de liberdade provisória

O magistrado pode, ao analisar o flagrante, verificar que, ausentes os requisitos que permitam a prisão preventiva, conceder ao preso liberdade provisória, impondo-lhe ou não medidas cautelares (dentre elas a fiança).

Em sua obra, Avena conceitua a liberdade provisória:

Por *liberdade provisória* entende-se o instituto por meio do qual, em determinadas situações, concede-se ao indivíduo o direito de aguardar em liberdade o final do processo. A liberdade provisória poderá estar ou não vinculada ao cumprimento de condições. Uma vez deferida, nada impede venha a ser revogada, por exemplo, pelo não cumprimento das condições estabelecidas.⁴²

A fiança pode ser arbitrada para os crimes não previstos no rol dos artigos 323 e 324 do CPP. Estes artigos proíbem a concessão de liberdade provisória mediante fiança nos crimes de racismo, de tortura, de tráfico de drogas, de terrorismo, além dos crimes tipificados como hediondos. Também não admite a concessão de liberdade provisória mediante fiança ao preso que, no mesmo processo, tenha quebrado a fiança não comparecendo em juízo quando solicitado ou mudado de residência sem prévia autorização o juiz ou, ainda, ausentando-se de sua residência por um período de mais de oito dias sem informar ao juízo onde poderia ser encontrado.

Conceituando a fiança, Avena afirma:

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 865.

⁴² AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ª edição. São Paulo: MÉTODO. 2017. p. 692.

A fiança constitui uma garantia prestada em prol da liberdade, com o objetivo lato sensu de garantir que o indiciado ou acusado cumprirá suas obrigações processuais. No dizer do art. 319, VIII, do CPP, trata-se de medida cautelar que tem por finalidade “assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial”.⁴³

A fiança é uma medida cautelar diversa da prisão onde o acusado deposita um valor, determinado pela autoridade policial durante a fase de investigação ou pelo juiz durante a fase processual, como garantia de que comparecerá aos atos do processo. Além de garantir que o indivíduo compareça em juízo sempre que solicitado, a medida cautelar também visa evitar a obstrução do processo, caso que leva à perda do valor depositado. Também é uma medida assecuratória contra resistência injustificada a uma ordem judicial e ainda visa garantir o pagamento de multas, custas e indenizações às vítimas em caso de condenação do réu.

Os critérios para o arbitramento da fiança, segundo o art. 326 do CPP, são a natureza da ação penal de acordo com a gravidade do crime, a capacidade econômica do indivíduo, se este possui antecedentes criminais e, ainda, o provável valor das custas do processo.

Embora os artigos 323 e 324 do CPP proíbam a concessão de liberdade provisória mediante a arbitragem de fiança para os crimes qualificados como inafiançáveis pode, o magistrado, assim como para os crimes ditos afiançáveis, conceder liberdade provisória sem a exigência da medida cautelar da fiança (seja por incapacidade econômica do preso ou por outro motivo como, por exemplo, a presença de algum dos excludentes de ilicitude).

Para os crimes de menor potencial ofensivo, a liberdade provisória é regra, como nos casos previstos na Lei 9.099 de 1995 que dispõe sobre os Juizados Especiais cíveis e criminais. Em caso de flagrante, após a lavratura de termo circunstanciado, o detido será encaminhado ao Juizado Especial ou se comprometerá a lá comparecer quando solicitado, não sendo preso nem lhe sendo exigido fiança. Também a Lei de Drogas – Lei 11.343/2006 – em seu artigo 48, parágrafo 2º, trata a posse de drogas da mesma maneira, assim como nos casos de acidentes de trânsito onde o autor presta socorro às vítimas.

⁴³ AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ª edição. São Paulo: MÉTODO. 2017. p. 701.

3.2.4 Prisão preventiva

Como prevê o art. 310, II, do CPP, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz pode convertê-lo em prisão preventiva se “*presentes os requisitos constantes no art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*”.

Citando Frederico Marques, Nucci conceitua a prisão preventiva como sendo uma medida assecuratória de restrição à liberdade do indiciado ou réu por razões de necessidade e elenca quatro pressupostos para a sua decretação: a natureza da infração, pois há crimes que não suportam a prisão preventiva, como os crimes culposos, por exemplo; a indicação de participação ou autoria do delito (*fumus commissi delicti*); o perigo que representa o sujeito estar em liberdade (*periculum libertatis*); e o controle jurisdicional prévio.⁴⁴

A prisão preventiva visa, em suma, preservar algum valor do processo, seja na fase de conhecimento, seja na fase de execução. A sua decretação objetiva a garantia da instrução criminal, impedindo que o preso, preventivamente, interfira na coleta de provas durante o processo de conhecimento e, também busca garantir a aplicação da lei penal, impedindo sua fuga e garantindo que ele compareça aos atos processuais.

Quando oriunda de uma prisão em flagrante, trata-se de uma prisão preventiva por conversão. É o único tipo de prisão preventiva decretada *ex officio* pelo magistrado na fase de investigação. Ao homologar a prisão em flagrante, o juiz a converte em prisão preventiva e, para isso, devem estar presentes os requisitos positivados nos artigos 312⁴⁵ e 313⁴⁶ do CPP.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 720.

⁴⁵ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art.282, §4º).

⁴⁶ Art.313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art.64 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medida protetivas de urgência.

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

O art. 312, supra, dita as circunstâncias em que a prisão preventiva pode ser decretada, iniciando pela garantia da ordem pública. Neste caso a medida cautelar está assegurando que seja preservada a ordem social que é posta em risco pela prática criminosa grave e a liberdade do provável autor, transmitindo à sociedade uma sensação de insegurança e impunidade cabendo, ao juiz, fazer cessar essa angústia com a prisão preventiva do indivíduo.

A doutrina entende que apenas a mera possibilidade de que o infrator volte a delinquir não basta para que seja decretada a prisão preventiva. Quanto ao clamor social provocado pela repercussão do crime cometido, há entendimento do STF que orienta que a mera afirmação de gravidade do crime e de clamor social não são o bastante para justificar a medida cautelar da prisão preventiva.⁴⁷

Para garantir a ordem pública como dita o artigo é preciso a conjugação da gravidade do crime praticado ou o risco de que o infrator volte a praticar crimes com o intuito de prevenir tal repetição.

Outra circunstância em que a prisão preventiva pode ser decretada é a ordem econômica. Voltada à coibição de crimes ditos *de colarinho branco* e ao combate dos crimes de ordem econômica, segue a mesma linha de raciocínio da garantia da ordem pública, ou seja, é preciso que a gravidade do crime, seu reflexo social e a probabilidade de novas práticas criminosas se façam presentes para que, através da medida cautelar extrema da prisão preventiva, retorne a paz social e econômica.

A conveniência da instrução criminal também é positivada no artigo 312 do CPP como circunstância que autoriza a decretação da prisão preventiva do investigado. Tem a finalidade de garantir o futuro processo de conhecimento, mais precisamente a sua fase de instrução, qual seja, a tomada de provas neste período. Neste sentido, afirma Nucci:

Abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo para ensejar a prisão preventiva.⁴⁸

Neste contexto, as práticas do acusado que ameaçam a instrução criminal vão desde a fuga e do não comparecimento aos atos processuais à destruição de provas

⁴⁷ AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ª edição. São Paulo: MÉTODO. 2017. p. 669.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 734.

e ameaças à testemunhas. A medida cautelar da prisão preventiva visa resguardar provas e garantir a presença do acusado em juízo, bem como a aplicação da pena caso condenado.

Outra circunstância que pode levar o acusado a ter sua liberdade cerceada cautelarmente é o descumprimento de outra medida cautelar diversa da prisão imposta anteriormente a ele como, por exemplo, o descumprimento de medida protetiva motivada pela Lei Maria da Penha.

Embora indispensáveis, apenas circunstâncias impostas pelo art. 312 não são suficientes para autorizar a decretação da prisão preventiva do acusado. É necessário, também, estar presente alguma dos enquadramentos do art. 313 do CPP⁴⁹.

O inciso I reza que a prisão preventiva só é admitida em crimes dolosos (excluindo crimes culposos e contravenções penais) punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Essa regra não admite a prisão preventiva, por exemplo, de um indivíduo que seja considerado não reincidente em crimes dolosos, que cometa o crime tipificado no art. 155 do Código Penal, furto simples, que tem pena máxima de reclusão não superior a quatro anos, mesmo que ele se enquadre nas circunstâncias previstas no art. 312 do CPP.

Ser reincidente, ou seja, depois de condenado por crime doloso, com sentença transitada em julgado, voltar a cometer outro delito com dolo, somadas as circunstâncias do art. 312 do CPP, é condição de admissibilidade da prisão preventiva. Considera-se reincidente quem comete novamente ato criminoso no período de até 5 anos depois de cumprida a pena do crime anterior ou extinta a punibilidade do mesmo.

⁴⁹ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - Revogado

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

No âmbito da violência doméstica e familiar, a decretação da prisão preventiva é admitida quando descumpridas medidas protetivas de urgência como, por exemplo, a separação de corpos.

O parágrafo único do art. 313 permite a prisão preventiva, visando a aplicação da lei penal, do sujeito que não pode ser identificado ou de quem se tenha dúvidas sobre sua identidade civil.

3.2.5 Prisão domiciliar

Diz o art. 317 do CPP que a prisão domiciliar é o recolhimento do acusado/indiciado em sua residência, só podendo dela sair com autorização judicial. Esta medida cautelar, introduzida pela Lei 12.403 de 2011, é uma espécie de prisão preventiva onde seu destinatário fica recolhido cautelarmente em seu próprio domicílio. Pode o juiz, por razões humanitárias, substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar. O art. 318 do CPP⁵⁰ traz um rol de situações em que isto pode ocorrer.

3.2.6 Prisão temporária

Medida cautelar regulada pela Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989, a prisão temporária tem o objetivo de viabilizar o inquérito policial desenvolvido pelo Delegado de Polícia. Por isso só existe na fase de investigação, nunca na fase processual. Somente com a instauração de um inquérito policial é possível o pedido de prisão temporária e, findado este e remetido ao poder judiciário, encerram-se os motivos para a sua manutenção. Corroborando com essa ideia, afirma Lima:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação de liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados, viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*.

⁵⁰ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando a agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – Imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Como espécie de medida cautelar, visa assegurar a eficácia das investigações - tutela-meio -, para, em momento posterior, fornecer elementos informativos capazes de justificar o oferecimento de uma denúncia, fornecendo justa causa para a instauração de um processo penal, e, enfim, garantir eventual sentença condenatória – tutela-fim.⁵¹

É motivo para a decretação da prisão temporária a sua imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial ou para a investigação do Ministério Público ou, ainda, para as raras investigações judiciais. Também autoriza a prisão temporária o fato do investigado, tendo indícios de ser ele o autor do delito, não ter residência fixa ou não fornecer elementos que permitam sua identificação.

A Lei 7.960 traz um rol taxativo de tipos penais que podem levar a prisão temporária e, como em qualquer medida cautelar, tem que prever pena privativa de liberdade, sendo eles homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, dar causa a epidemia que resulte em morte, envenenamento de água potável, alimento ou remédio que leve à morte, formação de quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro e crimes de terrorismo.

Para o juiz decretar a prisão temporária devem estar presentes, cumulativamente, um dos crimes constantes no rol e, ou a imprescindibilidade para a investigação, ou a falta de endereço fixo ou dificuldade de identificação do investigado.

Sendo a prisão temporária uma medida cautelar, devem também estar presentes, para motivar a sua decretação, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

A medida cautelar da prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, tem prazo de validade, sendo de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco dias, para crimes não considerados hediondos ou comparados a hediondos e, de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta dias, para crimes considerados ou comparados a hediondos. Passados estes prazos, não é possível a manutenção da prisão temporária.

⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1000.

3.3 Medidas cautelares típicas diversas da prisão

O art. 319⁵² do CPP, modificado pela Lei 12.403 de 2011, traz um rol de medidas cautelares menos gravosas que a prisão. Antes da entrada em vigor desta lei, só haviam dois extremos: a liberdade ou a prisão preventiva. Com a chegada das novas medidas cautelares, a prisão preventiva passou a ser a medida extrema, só sendo indicada quando estas outras não forem suficientes. Estas medidas cautelares menos gravosas que o cárcere possibilitam que o juiz resguarde o resultado útil do processo aplicando ao acusado ou investigado, uma medida que restrinja sua liberdade em um certo grau sem ter que decretar seu encarceramento e restringir absolutamente seu direito de ir e vir.

São nove as medidas cautelares diversas da prisão elencadas no rol do art. 319, e como as demais medidas cautelares de natureza pessoal, sua aplicação está condicionada à presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* em consonância com a adequação e com a necessidade, norteados pelo princípio da proporcionalidade. O legislador procurou, com esse rol de medidas cautelares, disponibilizar ao magistrado uma variedade de instrumentos para garantir o resultado útil do processo.

⁵² Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração.
- VIII - Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - Monitoração eletrônica.

3.3.1 Comparecimento periódico em juízo

A medida cautelar do inciso I busca vincular o acusado ou investigado ao processo, de maneira que ele esteja sempre disponível, de modo a não obstaculizar o andamento do mesmo.

Lopes Jr. diz que esta medida foi inspirada no art. 89, § 1º, inciso IV, da Lei 9.099/95⁵³ com a diferença da periodicidade que ficou a critério do juiz. Ele pode determinar o comparecimento em juízo mensalmente, semanalmente e, em casos extremos, até diariamente. Segundo o autor, o comparecimento periódico em juízo “é uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado, servindo como instrumento para a tutela da eficácia da aplicação penal”.⁵⁴

3.3.2 Proibição de ir a determinados lugares

O juiz vai determinar a natureza dos lugares que o acusado não poderá acessar, muito menos frequentar, devido ao risco de reiteração criminosa. A determinação dos locais vedados ao acusado deve ter relação com o fato delituoso objeto do processo.

A vedação ao acesso ou frequência a certos lugares precisa guardar correspondência com o fato praticado, tudo para evitar a reiteração criminosa ou o cometimento de outros delitos. Muito comum, portanto, impedir a presença em bares, botecos e outros lugares onde se possa servir bebida alcoólica, em particular quando se tratar de pessoa agressiva, cuja prática delituosa refere-se à embriaguez.⁵⁵

⁵³ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

⁵⁴ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.881.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 750.

Esta medida cautelar, quando aplicada isoladamente, é de difícil fiscalização pelo Estado. Em vista disso, pode o magistrado combiná-la com o monitoramento eletrônico que vai indicar se houver descumprimento da restrição imposta.⁵⁶

3.3.3 Proibição de manter contato com determinada pessoa

Esta medida cautelar é equivalente ao que prevê o art. 22, III, b, da Lei Maria da Penha,⁵⁷ a qual determina o afastamento do agressor e de proibição de contato com sua vítima. A medida se destina à proteção da vítima, mas também pode ser estendida às testemunhas e a coautores do fato delituoso.

Por sua natureza, de geralmente proteger uma pessoa ou pessoas específicas, esta medida cautelar é de mais fácil fiscalização, se comparada à anterior, pois a própria pessoa que se acautela pode denunciar ao juiz o descumprimento.⁵⁸ Sobre esta medida cautelar, Marcelus Lima afirma:

[...] se trata de proibição de contato com pessoa determinada quando, em vista do fato apurado, seja melhor se manter o indiciado acusado distante, protegendo assim o andamento processual e a integridade física seja de vítima, testemunha, ou até mesmo de corréu.⁵⁹

3.3.4 Proibição de ausentar-se da Comarca

A intenção do magistrado ao aplicar esta medida cautelar é obrigar o acusado a permanecer no local da prática do crime pelo qual está sendo processado. A intenção é evitar que o acusado fuja e, ao mesmo tempo, não chegar ao extremo da prisão preventiva,⁶⁰ preservando as provas relacionada à pessoa alvo da cautelar⁶¹, principalmente o reconhecimento pessoal. Para se ausentar da comarca, somente com autorização do juiz que determinou a medida cautelar, sob pena de ter decretado seu encarceramento cautelar. Em termos de fiscalização desta medida cautelar, uma

⁵⁶ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 681.

⁵⁷ Brasil. **Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/l11340.htm. Acessado em: 14/10/2017.

⁵⁸ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 682.

⁵⁹ LIMA, Marcelus P. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 850.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 750.

⁶¹ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.884.

vez que não é possível a fiscalização (como ocorre na proibição de ausentar-se do país, positivada nos art. 320 do CPP, pelo controle das fronteiras), uma vez que não há controle de saída das comarcas, pode, o juiz, acumular outra medida cautelar. Neste caso, por exemplo, acumular como o monitoramento através do uso de tornozeleira eletrônica.⁶²

3.3.5 Recolhimento domiciliar

Esta medida cautelar tem o objetivo de impedir nova prática delituosa e, somente será aplicada se o acusado comprovar que tem residência fixa e trabalho fixo que propiciem noites e dias de folga. Aury Lopes Jr. vê pouca eficácia nesta medida cautelar se aplicada isoladamente devido à dificuldade de fiscalização. Argumenta que: “Ainda que fundada no senso de responsabilidade e autodisciplina do imputado, a medida poderá vir cumulada com o monitoramento eletrônico, por exemplo, para assegurar-lhe a máxima eficácia.”⁶³ Assim também pensam Pacelli e Fischer, dizem eles:

Junto com ela, e segundo nos parece, com o objetivo de permitir uma melhor fiscalização de seu cumprimento, deveria ser também imposto o monitoramento eletrônico, sem o qual restaria muito difícil a constatação efetiva da eficácia da medida.⁶⁴

Para Nucci, o receio de transgredir a medida cautelar e, conseqüentemente, ter decretada sua prisão preventiva, motivaria o imputado a cumprir a determinação do recolhimento domiciliar.⁶⁵

3.3.6 Suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica

A medida cautelar será arbitrada pelo juiz quando convencido de que permanecendo, o acusado ou o investigado, na atividade pública ou exercendo

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p.933.,

⁶³ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.887.

⁶⁴ PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 683.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 751.

atividade econômica ou financeira tirará proveito desta condição para perpetuar a prática criminosa ou para destruir provas e intimidar testemunhas. Descreve, Tourinho Filho, a medida cautelar:

Percebe-se que se trata de medida cautelar que pode ser imposta nos crimes contra a Administração Pública ou se o agente for bancário, economiário, administrador financeiro, p. ex., e se o crime tiver sido praticado no exercício dessas atividades, ou por ocasião delas.⁶⁶

Esta medida cautelar é considerada eficaz nos casos dos chamados crimes do colarinho branco como corrupção, prevaricação, concussão e outros vinculados à Administração Pública. Também, nos crimes de ordem econômico-financeira para cautelar a ordem econômica.⁶⁷

3.3.7 Internação provisória

Esta medida cautelar leva à internação hospitalar para tratamento psiquiátrico e se aplica ao acusado que, no momento da prática delituosa, se encontrava na condição de semi-imputável ou inimputável, e a praticou através de violência ou grave ameaça e que, durante o processo, demonstrou manter o quadro psiquiátrico. Para que seja aplicada a medida cautelar é necessário que estejam presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva. Sobre a internação provisória, Pacelli e Fischer dizem:

A internação provisória do inimputável ou do semi-imputável dependerá, primeiro, da existência de indícios concretos de autoria e de materialidade em crimes de natureza violenta ou cometidos mediante grave ameaça, e, segundo, do risco concreto de reiteração criminosa, tudo isso aferido por meio de prova pericial [...].⁶⁸

Aury Lopes Jr. chama a atenção para a gravidade desta cautelar devido à falta de previsão do seu período de incidência, semelhante a prisão preventiva. Também

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.700.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.123.

⁶⁸ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 684.

entende ser preocupante a subjetividade da avaliação psiquiátrica que determina a condição de inimputabilidade ou semi-imputabilidade.⁶⁹

3.3.8 Fiança

A fiança é a medida cautelar que vai garantir o direito do agente de permanecer em liberdade durante a investigação ou no decorrer do processo, mediante o pagamento, em dinheiro ou objetos de valor, ao Estado.

Com exceção dos crimes ditos inafiançáveis descritos no art. 323 do CPP, os demais tipos penais admitem a medida cautelar da fiança que será empregada com o objetivo de garantir que o acusado compareça aos atos processuais (atos do inquérito e da instrução criminal), de prevenir a obstrução do processo pelo agente com a prática que afete negativamente o andamento do processo e, de coibir o descumprimento injustificado de ordem judicial, a resistência do agente, sem motivo legal, à determinações judiciais, inclusive outras medidas cautelares⁷⁰.

O valor prestado acautelará, também, o direito à indenização das vítimas, possíveis multas e prestações pecuniárias, além das custas do processo.

Escreve Távora sobre a fiança:

Busca-se com a fiança obter a presença do agente a todos os atos da persecução penal, evitando-se os efeitos deletérios do cárcere preliminar. Por consequência, se houver condenação, objetiva-se também garantir a execução da pena. Ocorrida a condenação, o valor prestado (dinheiro ou objetos dados em garantia) ainda vai servir para um nobre papel, que é a indenização da vítima, o pagamento das custas processuais, da prestação pecuniária e de eventual multa, caso o réu seja condenado (art. 336, *caput*, CPP⁷¹). [...] Se sobrar algo, será devolvido àquele que prestou a fiança. Em havendo absolvição, haverá pronta e integral devolução, sem abatimento.⁷²

⁶⁹ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.887 a 889.

⁷⁰ AVENA, Norberto C. P. **Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2017. p.627

⁷¹ Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

⁷² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.1025.

3.3.9 Monitoração eletrônica

A medida cautelar da monitoração eletrônica, ou monitoramento eletrônico, implica na colocação de uma tornozeleira eletrônica rastreada por satélite na perna do acusado ou do investigado. Este equipamento, através de um aparelho de GPS⁷³, fornece, em tempo real, a localização do indivíduo. O magistrado vai determinar em que horário e em quais locais o monitorado poderá circular o que será acompanhado pelo órgão responsável pelo monitoramento eletrônico.

Esta medida cautelar possibilita ao Estado controlar os movimentos do agente, durante a investigação policial ou na fase processual, por ser de mais fácil concretização do que a fiscalização feita pelos agentes estatais.⁷⁴ Renato Brasileiro de Lima, sobre o uso desta tecnologia diz:

Como forma de acompanhamento, e a depender da tecnologia disponível, o monitoramento eletrônico pode ser utilizado pelo juiz com a imposição de zonas de inclusão e exclusão, isto é, locais em que o monitorado poderá/deverá permanecer (zonas de inclusão) ou lugares onde não pode comparecer ou frequentar (zonas de exclusão).⁷⁵

A medida cautelar do monitoramento eletrônico pode cumprir a função de detenção, quando visa manter o agente dentro de uma área estipulada pelo juiz, normalmente na sua residência, em seu trabalho e no caminho percorrido entre estes dois pontos. Pode, também, cumprir a função de restrição, quando o monitorado é proibido de frequentar determinados lugares. Por fim, menos comum, pode desempenhar a função de vigilância, quando o indivíduo não tem restrições de frequentar lugares ou não está confinado a determinada área, mas apenas tem seus passos vigiados.⁷⁶

O monitoramento eletrônico é uma medida cautelar que se combina com outras, possibilitando a fiscalização da proibição de ausentar-se da comarca ou de frequentar determinados lugares, bem como do recolhimento domiciliar.

⁷³ Sistema de posicionamento global.

⁷⁴ AVENA, Norberto C. P. **Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2017.p.628

⁷⁵ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.1045.

⁷⁶ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.1046.

3.3.10 Proibição de ausentar-se do país

O art. 320⁷⁷ do CPP também traz a medida cautelar da proibição do acusado ausentar-se do país e de entregar o seu passaporte ao juízo. O juiz determina que o agente se mantenha dentro do território nacional e que, para dificultar o desrespeito a essa ordem, entregue seu passaporte. O que pode comprometer a eficácia desta medida cautelar é a não exigência da apresentação de passaporte para atravessar as fronteiras dos países integrantes do Mercosul.⁷⁸

Esta medida, antes das mudanças trazidas ao CPP pela Lei 12.403/11, era utilizada, principalmente pela justiça federal, fundamentadas no poder geral de cautela.

⁷⁷ Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

⁷⁸ LIMA, Marcellus P. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.857.

4 O PODER GERAL DE CAUTELA

O chamado *poder geral de cautela* já estava previsto nos arts. 798⁷⁹ e 799⁸⁰ do CPC de 1973 e determinava que o juiz poderia, com o intuito de preservar o resultado útil do processo, determinar, mesmo de ofício, uma medida cautelar inominada, ou seja, não descrita abstratamente em texto legal. Sobre esta ideia fala Donizeti:

Se para uma determinada hipótese houver previsão de medida cautelar específica, tipificada ou nominada no Código (arresto, sequestro, busca e apreensão), não pode o requerente postular provimento cautelar diverso. Entretanto, não havendo medida cautelar típica, poderá o requerente invocar o poder geral de cautela do juiz, que tem por finalidade atender a situações novas, não contempladas na lista exemplificativa constante do Código, desde que preenchidos os requisitos referentes à probabilidade do direito invocado e à possibilidade de dano de difícil reparação.⁸¹

O poder geral de cautela consiste na ferramenta que possibilita ao juiz conceder medidas cautelares em casos não previstos pelo legislador. Os artigos 813⁸² e seguintes do CPC de 1973 disponibilizavam ao magistrado um rol de medidas típicas mas, o juiz poderia determinar as medidas inominadas que julgasse mais conveniente, o que lhe era permitido pelo art. 798, pelo poder geral de cautela.⁸³ Falando sobre a posição de Calamandrei sobre o poder geral de cautela, diz Lopes Jr.:

No processo civil, explica Calamandrei, é reconhecido o poder geral de cautela (*potere cautelare generale*), confiado aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizar a forma e o meio que considerem oportuno e apropriado ao caso. Significa dizer que o juiz cível possui amplo poder de lançar mão de medidas de cunho acautelatório, mesmo sendo atípicas as medidas, para efetivar a tutela cautelar. Tanto que o processo civil, além as medidas de antecipação de tutela, consagra um rol de medidas cautelares nominadas e a aceitação das medidas inominadas, em nome do poder geral de cautela que confere o art. 798 do CPC.⁸⁴

⁷⁹ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

⁸⁰ Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

⁸¹ DONIZETI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.1220.

⁸² Os artigos 813 e seguintes do CPC de 1973 tratam das medidas preventivas o arresto, o sequestro e a caução, entre outras.

⁸³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno** [livro eletrônico]. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.346.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. **A (In)Existência do Poder Geral de Cautela no Processo Penal**. Boletim IBCCRIM. Ano 17, nº 203, Out/2009. p.8.

Comentando o poder geral de cautela, Gonçalves afirma:

Não há um rol taxativo, predeterminado, de tutelas cautelares possíveis. O juiz tem liberdade para conceder a que lhe pareça mais adequada, esteja prevista ou não. A esse poder que a lei atribuiu ao Judiciário dá -se o nome de poder geral de cautela, que pressupõe a impossibilidade de a lei antever todas as situações de urgência no caso concreto.⁸⁵

Autores como Câmara, defendem a ideia de que o poder geral de cautela é um dever que o juiz detém, que o obrigaria a tomar todas as providências possíveis para cautelar o direito.

Presentes os requisitos (que são três: ausência de medida cautelar típica que revele adequada em abstrato para hipótese deduzida em juízo, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*), tem o juiz o poder-dever de conceder a medida cautelar atípica, exercendo seu poder geral de cautela, sob pena de violar o dever de prestar a tutela jurisdicional adequada que lhe é imposto pela Constituição da República.⁸⁶

Também neste sentido, Pinho descreve o poder geral de cautela como um dever inerente à função jurisdicional:

O poder geral de cautela do juiz, base dos procedimentos cautelares, deve ser compreendido como um poder-dever, no sentido de que o magistrado se utilizará de meios aptos a obter o resultado pretendido, sendo a proteção que deve fornecer a determinada situação impositiva. Dessa forma, ao verificar os requisitos para a concessão da medida cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), o juiz não poderá optar pela concessão ou não da cautela, devendo concedê-la, não havendo qualquer poder discricionário.⁸⁷

O CPC atual, em vigor desde 2016, teve sua concepção também voltada a combater a morosidade processual e preservar o resultado útil do processo. Em relação ao seu antecessor, eliminou o processo cautelar, passando ao sistema de tutela de urgência e tutela da evidência, manteve o poder geral de cautela, positivado no art. 297⁸⁸.

⁸⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 737.

⁸⁶ CÂMARA, Alexandre F. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. III, p. 47.

⁸⁷ PINHO, Humberto D. B. **Direito Processual Civil Contemporâneo**: introdução ao processo civil, v.II. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 356.

⁸⁸ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequada para a efetivação da tutela provisória.

Paralelamente, a regra do art. 297 do NCPC representa também o estabelecimento do *poder geral de cautela*, até então previsto no art. 798 do CPC de 1973. Quer dizer, diante da ausência dos procedimentos cautelares específicos, o poder geral de cautela ganha força, em especial diante da combinação do art. 297 com o art. 301, ambos do novel diploma: há um rol exemplificativo de situações que objetivam o acautelamento do direito. Contudo, as medidas cautelares são atípicas, ou seja, não existem mais procedimentos cautelares específicos e, assim, poderá o juiz adotar as medidas adequadas para realizar a função de assegurar o direito do requerente (que está sendo ou virá a ser pleiteado em processo de conhecimento ou execução, quando haja *risco ao resultado útil* desses processos – art. 300).⁸⁹

A Constituição Federal dá respaldo ao poder geral de cautela em seu art. 5º, inciso XXXV, que versa que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” e, essa apreciação deve se dar de maneira que garanta a efetividade da prestação jurisdicional utilizando, quando necessário e suficiente, medidas cautelares, típicas ou não.⁹⁰

Os legisladores, apoiados nos fatos concretos antecedentes, tipificaram uma série de medidas cautelares que se mostram necessárias afim de garantir a prestação eficaz da jurisdição e evitar lesão ao direito. Mesmo tendo positivado diversas medidas cautelares para este fim, é impossível, por mais imaginativos que sejam os legisladores, preverem todas as situações que podem ocorrer e que necessitem da tutela urgente do Estado-Juiz.

Neste sentido, Greco Filho descreve o poder geral de cautela como ferramenta contra a impossibilidade do legislador de prever todos os casos possíveis:

O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfazer esse direito, deve ser dotada de instrumento para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito. O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos cautelares mais comuns e mais contraditórios, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas preventivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.⁹¹

Também Neves, se referindo à intenção do legislador, sobre o CPC de 1973, tem esta opinião:

⁸⁹ **Novo código de processo civil anotado/OAB**. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 237.

⁹⁰ FERNANDES, Antônio S. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.257.

⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 154

O próprio legislador expressamente reconhecia a sua insuficiência, ao prescrever nos arts. 798 e 799 do diploma legal revogado a possibilidade de o juiz conceder, além dos procedimentos cautelares específicos, “as medidas provisórias que julgar adequadas”, podendo, “para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a gusrda judicial de pessoas e depósito de bens e impor prestação de caução”. E O superior Tribunal de Justiça entendia acertadamente pela admissão da cautela inominada em razão do poder geral de cautela do juiz.⁹²

O poder geral de cautela permite ao magistrado, a seu critério, atuar concretamente para garantir que o processo leve a um resultado útil e eficaz na prestação da tutela jurisdicional e a proteção do direito contra lesões.⁹³

A decretação de medidas cautelares inominadas pressupõe, como todas as outras, que estejam presentes a fumaça do bom direito e o perigo decorrente da morosidade processual e devem ser necessárias, adequadas, proporcionais e razoáveis à situação concreta.⁹⁴

4.1 O poder geral de cautela no processo penal.

Embora o CPP não traga de maneira explícita, como no CPC, o instituto do poder geral de cautela, há doutrinadores que defendem que existe sua previsão legal e que o juiz do processo penal detém este poder, assim como existem os que negam esta possibilidade. O mesmo ocorre com a jurisprudência que apresenta decisões que afirmam que o magistrado pode determinar medidas cautelares atípicas no processo penal e outras que negam esta possibilidade.

4.1.1 Argumentos doutrinários contrários ao poder geral de cautela em esfera penal

Autores, como Aury Lopes Jr., não reconhecem a existência do poder geral de cautela do juiz no processo penal apoiados no princípio da legalidade e do devido processo legal, sustentando que, para a decretação de qualquer medida cautelar, esta deve estar descrita em lei.

⁹² NEVES, Daniel A.A. **Manual de direito processual civil**. Vol. Único. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 545.

⁹³ MARINS, V.A.A.B. **Tutela Cautelar: Teoria Geral e Poder Geral da Cautela**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007. p.207.

⁹⁴ THEODORO JR., Humberto. **Processo Cautelar**. 24ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2008. p. 98.

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam em severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, também exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais “poderes gerais de cautela”.⁹⁵

Assim como Lopes Jr., Bonfim diz que não podem haver, no processo penal, medidas cautelares atípicas por absoluta falta de previsão legal e porque o juiz é limitado pela lei e pela forma, uma vez que cabe ao processo penal controlar e delimitar o poder punitivo do Estado através do respeito absoluto ao processo legal.⁹⁶

Nessa corrente, Bianchini⁹⁷ ensina que para a decretação de qualquer medida cautelar, incluindo as prisões, estas precisam estar explícitas e previstas em lei, respeitando o devido processo legal e o Estado Democrático de Direito, sendo sua aplicação uma extrapolação e um abuso do poder punitivo do Estado.

Esta corrente também afirma que, enquanto no processo civil as medidas cautelares incidem sobre bens patrimoniais e, sendo assim, são de fácil reparação, no processo penal estas medidas recaem sobre a liberdade da pessoa, sobre seu direito de ir e vir consagrado na Constituição Federal, e são de difícil (se não impossível) reversão.

Ainda, alegam autores como Tucci e Delmanto Jr.⁹⁸, que o impedimento da existência do poder geral de cautela na esfera penal está também na Constituição Federal, expresso no art.5º, inciso II, que diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”, somado ao inciso XV do mesmo artigo que garante a liberdade de ir e vir.

Outro impedimento ao poder geral de cautela na esfera penal alegado pelos que não o reconhecem seria a inadequação de um sistema de controle destas medidas pois cada medida cautelar atípica demandaria uma diferente estrutura de monitoramento e controle, inviabilizando-as.

[...] de nada adianta a imposição de determinada medida cautelar diversa da prisão se ela não se emprestar força coercitiva. De fato, a eficácia de qualquer

⁹⁵ LOPES Jr., Aury. **A (In)Existência de Poder Geral de Cautela no Processo Penal**. Boletim IBCCRIM. nº 203. 2009. p. 8.

⁹⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 481.

⁹⁷ BIANCHINI, Alice. **Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403/11**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

⁹⁸ TUCCI, Rogério L.; DELMANTO Jr., Roberto. **Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais**. São Paulo: Revista do Advogado, nº 78, setembro/2004. p.120.

norma que venha a impor deveres está condicionada à acumulação de sanções, sob pena de se transformar em mera recomendação, simples admoestação, desprovida de força coercitiva. Portanto, a criação dessas medidas cautelares diversas da prisão resultará absolutamente inócua se, concomitantemente, não for trabalhada uma estrutura adequada e eficiente para a sua operacionalização e fiscalização. [...] Ademais, caso não haja a menor possibilidade de fiscalização de uma medida cautelar diversa da prisão, isso significa dizer que tal medida será ineficiente para neutralizar as situações de perigo indicadas no art. 282, I, do CPP.⁹⁹

4.1.2 Argumentos doutrinários favoráveis ao poder geral de cautela em esfera penal

Os argumentos apresentados pelos defensores de que o juiz do processo penal detém o poder geral de cautela se baseiam em princípios como o da proporcionalidade e no direito fundamental à liberdade. Alegam que se as medidas cautelares típicas não forem suficientes ou forem demasiadas ao caso concreto, a restrição ao direito de ir e vir do réu deve ser proporcional ao perigo causado por sua total liberdade, uma vez que a decretação de sua prisão cautelar deve ocorrer em último caso, apenas quando não for possível garantir o resultado útil do processo através de medidas menos gravosas.

Mesmo não estando explicitamente positivado no CPP, os que se posicionam a favor da existência do poder geral de cautela do juiz do processo penal apoiam-se no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal que diz que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” e também no art. 3º do CPP¹⁰⁰ que dispõe que o processo penal terá suas lacunas preenchidas pelos princípios gerais do direito e pela interpretação ampla e aplicação analógica das leis que o compõem.

A interpretação de uma lei determina a intenção do legislador ao criá-la, já a interpretação extensiva leva à ampliação do alcance da lei quando o aplicador do direito constata que o texto legal não explicitou como deveria a intenção do legislador.¹⁰¹

A aplicação analógica, ou integração, diz respeito ao preenchimento de lacunas existentes na lei, através da comparação de outras leis e fatos análogos ao caso concreto cuja situação específica não possui descrição abstrata em texto legal.

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p.925.

¹⁰⁰ Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 39.

As lacunas deixadas pela lei penal também devem ser preenchidas com base nos princípios gerais do direito. Neste sentido diz Avena:

Refere-se aos casos de omissão do ordenamento processual em contemplar solução a determinada hipótese fática. Em outras palavras, nas situações que requerem a integração ocorre uma lacuna em face da ausência de norma aplicável ao caso concreto. A integração, portanto, consiste no preenchimento dessa lacuna.¹⁰²

No caso da lei penal, tanto a interpretação quanto a analogia são condicionadas pelo princípio, dentre outros, do *in dubio pro reo*, ou seja, a lei deve ser interpretada de maneira limitada quando desfavorável ao réu e de maneira ampliada quando o favorecer.

Anteriormente à Lei 12.403/2011, devido a existência de apenas duas possibilidades, a liberdade ou a prisão cautelar, já era admitido o poder geral de cautela ao juiz do processo penal, com a decretação de cautelares diversas da prisão, menos gravosas, mas suficientes para resguardar o direito, como o recolhimento domiciliar, por exemplo.

Com a criação das medidas cautelares tipificadas no art. 319 do CPP, ficou explícita a intenção do legislador de que a prisão cautelar deve ser evitada, sendo a última e extrema alternativa para garantir o resultado útil do processo.¹⁰³ Com a criação deste rol de medidas cautelares apresentadas pelo novo texto do art. 319, o legislativo disse que antes de decretar a prisão cautelar do indivíduo, o magistrado deve fazer uso de qualquer medida menos severa que o cárcere que garanta o direito e a utilidade do processo.

Autores como Távora e Alencar, defensores da ideia de que o juiz do processo penal detém o poder geral de cautela, tratam o rol de medidas cautelares trazidas pelo art. 319 como exemplificativo, e, ao mesmo tempo, como limitador da gravidade da medida a ser decretada pelo juiz.

[...] com a previsão de um elenco de medidas cautelares no art. 319 do CPP, tem-se a vantagem de indicar ao juiz, de forma exemplificativa, a ampla possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão preventiva, sublinhando que esta só será decretada em último caso. Desse modo, embora exista um rol expresso de medidas cautelares, nada impede que o juiz estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso

¹⁰² AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ª edição. São Paulo: MÉTODO. 2017. p. 84.

¹⁰³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 1037.

concreto, desde que não exceda os limites autorizados pela legislação. Daí pode o magistrado valer-se do rol do art. 319 do CPP, bem como de outras medidas menos restritivas, mas não pode aplicar medida cautelar mais gravosa sem que haja autorizativo legal expresso.¹⁰⁴

Neste sentido, Ienacco defende ser exemplificativo o rol de medidas cautelares, baseado na intenção do legislador de evitar ao máximo a decretação da prisão preventiva.

Entendemos que o rol é exemplificativo, nada impedindo que o juiz, com base no poder geral de cautela, determine outras medidas, desde que fundadas em critérios análogos aos que informam as hipóteses dos incisos I a IX do art. 319, do CPP, bem como inspiradas, no plano concreto, nas diretrizes gerais do art. 282. Entendimento diverso poderia levar, em alguns casos, à decretação da prisão preventiva prioritária, quando o atual sistema procura reservá-la apenas para as hipóteses em que as outras cautelares se revelem insuficientes ou inadequadas.¹⁰⁵

Nesta corrente, Lima¹⁰⁶, defensor da existência do poder geral de cautela no âmbito penal, prega que a decretação de uma medida cautelar atípica tem caráter excepcional e só deve acontecer quando as demais medidas previstas no rol do art. 319 se mostrarem ineficazes, respeitando a proporcionalidade e a razoabilidade. Salienta o autor que, mesmo que o legislador aumente o rol de medidas cautelares típicas, será impossível a previsão de todos os casos concretos que venham a surgir e, portanto, o poder geral de cautela deve ser aplicado pelo juiz dentro dos parâmetros utilizados para a decretação de cautelares típicas, ou seja, buscando garantir o direito e a utilidade do processo e, ao mesmo tempo, resguardando ao máximo o *status libertatis* do réu.

Assim como acontece com a doutrina, a jurisprudência também se divide quanto a aceitação do poder geral de cautela no processo penal.

¹⁰⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 1038.

¹⁰⁵ IENACCO, Rodrigo. **Reforma do CPP: Cautelares, prisão e liberdade provisória**. Disponível em <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/reforma-do-cpp-cautelares-prisao-e-liberdade-provisoria-%E2%80%93-parte-final>. Acessado em 14/09/2017.

¹⁰⁶ LIMA, Marcellus P. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p.126.

4.1.3 Argumentos jurisprudenciais contrários ao poder geral de cautela em esfera penal

Como exemplo de decisão que nega a existência do poder geral de cautela no âmbito penal, o STJ através da Sexta Turma, ao julgar o Habeas Corpus nº 128.599-PR¹⁰⁷, disse ser incompatível com o princípio da legalidade. Este julgado é anterior à Lei 12.403 de 2011, quando da chamada bipolaridade entre prisão e liberdade. Esta decisão alega que, para fins de restrição de direitos, não se aplica o poder geral de cautela ao processo penal. No caso em tela, o réu, servidor público que teve sua prisão preventiva decretada pela prática dos crimes contra a ordem tributária. O tribunal *a quo* pôs o réu em liberdade aplicando-lhe a medida cautelar de afastamento da função. Entendeu a Ministra Relatora que a aplicação de tal medida fundamentada no poder geral de cautela, fere os princípios da legalidade e da presunção de inocência. A Ministra se posiciona no sentido de que, na esfera processual penal, o respeito estrito à legalidade deve ser inflexível não sendo possível a criação de medidas cautelares atípicas pelo juiz no processo penal.

Outro exemplo, este posterior à introdução das medidas cautelares do art. 319 o CPP, está no Habeas Corpus 222.298-SE¹⁰⁸ apreciado pelo STF em 2013. Este

¹⁰⁷ PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA COM DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DO CARGO. ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA.

2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência. (grifo nosso)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 128.599-PR. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900270653&dt_publicacao=17/12/2010 Consultado em 15/12/2017.)

¹⁰⁸ HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO PELA CORTE ORIGINÁRIA. CRIME COMETIDO CONTRA A ESPOSA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DE CASA, EXCETO PARA O TRABALHO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA DOS JUÍZES CRIMINAIS PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE E DESPROPORCIONALIDADE DA CAUTELAR ATÍPICA. SUFICIÊNCIA DAS DEMAIS RESTRIÇÕES IMPOSTAS. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. As medidas protetivas de urgência, assim como as cautelares diversas da prisão, quando afetarem o *status libertatis*, obrigatoriamente devem observar o princípio da legalidade. (grifo nosso)

julgado, relatado pelo Ministro Jorge Mussi, trata sobre a decretação de medida cautelar denominada justificado pela Lei Maria da Penha. O relator diz que, em se tratando de restrição ao *status libertatis* do réu, qualquer medida cautelar deve se ater ao princípio da legalidade, não podendo o juiz exercer o poder geral de cautela com o fim de restrição de direito fundamental.

4.1.4 Argumentos jurisprudenciais favoráveis ao poder geral de cautela em esfera penal

Com entendimento oposto aos apresentados no item anterior, vários julgados reconhecem o poder geral de cautela conferido ao juiz do processo penal.

Em julgamento ao Habeas Corpus 94.147-RJ¹⁰⁹, anterior à Lei 12.403 de 2011, a Segunda Turma do STF, tendo como relatora a Ministra Ellen Gracie, analisou a imposição de medidas cautelares ao réu, entre elas a retenção do passaporte, para a revogação de sua prisão preventiva. O colegiado confirmou a legalidade das medidas aplicadas reconhecendo o uso subsidiário do poder geral de cautela positivado no CPC.

Confirmando a decisão do tribunal *a quo*, a relatora ressalta que “se pode o mais, que é manter o réu preso, pode o menos, que é restringir sua livre locomoção”. Deixa, a Ministra, clara sua interpretação sobre a intenção do legislador no que tange

3. O juiz criminal não é dotado de poder geral de cautela para fins restritivos, tendo em vista os estritos limites da legalidade penal e o princípio da presunção de não-culpabilidade. (*grifo nosso*)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 222.298-SE. Relator: Min. Jorge Mussi, 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1274863&num_registro=201102510754&data=20131030&formato=HTML. Acesso em: 15/12/2017)

¹⁰⁹ PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC.

4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º).

5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais).

6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco mal ferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I).

às medidas cautelares, o intuito de preservar ao máximo o *status libertatis* do paciente, tendo a opção do cárcere como a medida extrema.

Na mesma linha favorável à existência do poder geral de cautela no processo penal, em apreciação ao habeas corpus 328.703-SP¹¹⁰, o Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, afirma que as medidas cautelares diversas da prisão estão submetidas a este instituto inerente à atividade do magistrado. Neste caso concreto, sendo o réu funcionário público acusado de crimes contra a administração, entende o Relator que a medida cautelar de afastamento das funções é necessária e adequada para evitar a reincidência delituosa e para proteger a Administração e o Erário.

Também se expressa favorável ao poder geral de cautela no processo penal o Ministro Paulo Gallotti ao relatar o habeas corpus 114.734-ES¹¹¹ julgado no STJ em

¹¹⁰ *HABEAS CORPUS*. IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. CRIMES DE LICITAÇÃO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. AFASTAMENTO DAS FUNÇÕES PÚBLICAS E OBRIGAÇÃO DE COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO PARA INFORMAR E JUSTIFICAR ATIVIDADES. OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO MUNICIPAL. REGISTROS DE OUTROS PROCESSOS INSTAURADOS PARA APURAR A PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAS SEMELHANTES. NECESSIDADE DE PREVENIR A REPETIÇÃO DOS ILÍCITOS E PROTEGER A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ERÁRIO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA E COMPATÍVEL COM O CASO CONCRETO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

4. A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, desde que observados os pressupostos legais de necessidade e adequação, previstos nos incisos I e II do art. 282 do CPP, está submetida ao poder geral de cautela do magistrado. (*grifo nosso*) Não há porque confundi-las com os efeitos secundários da condenação, previstos no art. 92 do CP, pois estes traduzem apenas consequências não automáticas do decreto condenatório, enquanto aquelas, antes disso, visam acautelar algum objeto jurídico em situação de fundado perigo.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 114.734-ES. Relator: Min. Paulo Gallotti. 2015. Disponível http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2015%2F0156105-1+ou+201501561051&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 15/12/2017)

¹¹¹ *HABEAS CORPUS* Nº 114.734 - ES (2008/0194197-2)

RELATOR : MINISTRO PAULO GALLOTTI

IMPETRANTE : GUSTAVO PIMENTA GUIMARÃES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : VINICIUS PAVIOTTI AMBROZIM

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Embora possível a aplicação de medidas cautelares como condicionantes à revogação de custódia antecipada, com fundamento no poder geral de cautela do magistrado, arts. 798 do CPC c.c. art. 3º do CPP, estas devem observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade. (*grifo nosso*)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 328.703-SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801941972&dt_publicacao=30/03/2009. Acesso em: 15/12/2017)

2009. Neste julgado do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2009, a defesa do réu impetrou *habeas corpus* contra medidas cautelares atípicas aplicadas pelo juiz de primeiro grau. Neste caso concreto, o réu foi preso em flagrante por dirigir embriagado, causar dano e desacatar policiais militares. O juiz decretou medida cautelar impondo ao réu que deixasse de residir na cidade em que ocorreu o fato e que só retornasse para os atos processuais, pelo menos enquanto durasse a instrução do processo. Justificou que o mesmo tinha várias ocorrências de desacato e ameaça a policiais militares da cidade e que seu afastamento seria para a sua própria segurança.

O Relator, Ministro Paulo Gallotti, reconhecendo ser legítimo o poder geral de cautela do magistrado, amparado pelo artigo 798 do então CPC vigente, combinado com o art. 3º do CPP, concedeu o *habeas corpus* alegando constrangimento ilegal devido ao tempo decorrido da vigência da medida cautelar atípica (quase dois anos) e pelo fato de já ter findado a instrução processual.

No *habeas corpus* 126.973-SP¹¹², julgado pela Sexta Turma STJ em 2014, foi impetrado contra a medida cautelar de retenção de passaporte contra acusado de crimes contra a ordem tributária. Reconhece também o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz o poder geral de cautela em esfera penal.

¹¹² HABEAS CORPUS Nº 126.973 - SP (2009/0013877-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : JÚLIO CÉSAR AFONSO CUGINOTTI

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. DECRETO DE RETENÇÃO DE PASSAPORTE. *DECISUM* ANTERIOR À ÉGIDE DA LEI N. 11.719/2008 (ANTIGO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 387 DO CPP). ALEGADA IRRETROATIVIDADE DOS EFEITOS. PODER GERAL DE CAUTELA (ART. 3º DO CPP C/C O ART. 784 DO CPC). NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.403/2011. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE/ADEQUAÇÃO DA MEDIDA NO MOMENTO ATUAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

4. Dessa maneira, mesmo nos casos anteriores ao advento das Leis ns. 11.719/2008 e 12.403/2011, não se poderia subtrair do julgador a possibilidade de fazer uso do poder geral de cautela, de forma excepcional, tendo como objetivo evitar a prisão preventiva, tal qual ocorreu na espécie.

5. Tampouco há de se falar em vedação da retroatividade dos efeitos da Lei n. 11.719/2008, como faz crer a impetração; e não apenas em razão do reconhecido poder geral de cautela no processo penal, mas também porque a natureza do aludido diploma é exclusivamente de direito processual, cuja aplicação é imediata aos processos em curso. (*grifo nosso*)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 126.973-SP. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900138778&dt_publicacao=15/09/2014. Acesso em: 15/12/2017)

O habeas corpus 139.235 – GO¹¹³, apreciado pelo STJ em 2012 e que teve como Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, foi impetrado pela defesa de réu condenado por homicídio qualificado que teve seu direito de recorrer em liberdade vinculado à medida cautelar de não se ausentar do país. O pedido foi negado. No entender da corte, não houve constrangimento ilegal, pois, a medida cautelar tem fundamento no poder geral de cautela do magistrado.

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade¹¹⁴ requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, acolhida pelo STF, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, que dizia sobre normas da Constituição do Estado do Acre que

¹¹³ HABEAS CORPUS Nº 139.235 - GO (2009/0114556-2)
RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCO HENRIQUE SUL SANTANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : ELSA SOARES DA SILVA
EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. LIBERDADE CONDICIONADA. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Para se restringir o direito do indivíduo, necessária se faz a normatização da medida, não cabendo ao julgador, com espeque no poder geral de cautela, cominá-la ao seu talante, em atenção aos princípios da presunção da inocência e da legalidade. (grifo nosso)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 139.235-GO. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=139235+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1> Acesso em: 15/12/2017)

¹¹⁴ **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.764 ACRE**

RELATOR :MIN. CELSO DE MELLO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) :CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S) :OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) :MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO

INTDO.(A/S) :ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ACRE

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS FEDERAIS - ANADEF

ADV.(A/S) :DEBORA CAMILA DE ALBUQUERQUE CURSINE E OUTRO(A/S)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. GOVERNADOR DE ESTADO. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL SOBRE CRIMES DE RESPONSABILIDADE. LICENÇA PRÉVIA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA PARA INSTAURAÇÃO DE PROCESSOS POR CRIMES COMUNS .

4. Também aos Governadores são aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, entre elas “a suspensão do exercício de função pública”, e outras que se mostrarem necessárias e cujo fundamento decorre do poder geral de cautela conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro aos juízes. (grifo nosso).

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.764 - AC. Relator: Min. Celso de Mello. 2009. Disponível http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22PAULO+GALLOTTI%22%29.min.&processo=114734&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true Acesso em: 15/12/2017)

previam a anterior autorização da Assembleia Legislativa para a instauração de processo por crime comum contra o Governador do Estado.

Entendeu a corte que a medida cautelar de afastamento do cargo imposto ao Governador se justifica pelo poder geral de cautela inerente à função dos juízes.

4.2 O poder geral de cautela no projeto do novo Código de Processo Penal

Tramita, desde 2010, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 8045/2010, de autoria do Senador José Sarney, que pretende substituir o vigente CPP de 1941.

Em seu Livro III, Título I, artigo 526¹¹⁵, o autor do projeto pretende acabar com a polêmica, deixando claro seu entendimento de que inexistente o poder geral de cautela do juiz na esfera penal ao dizer que as medidas cautelares deverão estar explicitamente descritas, em caráter abstrato, na legislação. Em contrapartida, no Título II do mesmo Livro, em seu artigo 533¹¹⁶, o legislador amplia para dezesseis o número de medidas cautelares pessoais tipificadas, reunindo as existentes no art. 319 do Código vigente e outras espalhadas na legislação esparsa atual, como as cautelares da Lei Maria da Penha.

Esclareça-se que nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziará com mudanças legislativas, pois elas apenas ampliarão o leque de medidas cautelares, sem jamais poder contemplar uma “cláusula geral”, deixando ao

¹¹⁵ Art. 526. As medidas cautelares dependem de expressa previsão legal e somente serão admitidas como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução criminal e de reparação civil, ficando a respectiva duração condicionada à subsistência dos motivos que justificaram sua aplicação.

¹¹⁶ Art. 533. São medidas cautelares pessoais:

- I – prisão provisória;
- II – fiança;
- III – recolhimento domiciliar;
- IV – monitoramento eletrônico;
- V – suspensão do exercício da profissão, atividade econômica ou função pública;
- VI – suspensão de atividades de pessoa jurídica;
- VII – proibição de frequentar determinados lugares;
- VIII – suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave;
- IX – afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima;
- X – proibição de ausentar-se da comarca ou do País;
- XI – comparecimento periódico em juízo;
- XII – proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada;
- XIII – suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para o porte;
- XIV – suspensão do poder familiar;
- XV – bloqueio de endereço eletrônico na internet;
- XVI – liberdade provisória.

livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei. Nesta linha, os Projetos de Lei 4208-C e o PL 156/2009 (Anteprojeto do CPP) instituem um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar. Mas sublinhe-se, igualmente estará atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo “criar” outras medidas além daquelas previstas no ordenamento.¹¹⁷

O legislador deixa claro também que buscou antever mais situações em que sejam necessárias medidas cautelares específicas para casos concretos repetitivos. Exemplo disso é o inciso XV do art. 533 que prevê a medida cautelar de bloqueio de endereço eletrônico na internet.

Em seu estudo sobre o poder geral de cautela, Souza diz que por mais que o legislador crie novas medidas cautelares baseadas em casos concretos que venham a surgir, nunca, por mais imaginativo e criativo que seja, poderá tipificar ferramentas de cautela específicas para cada situação que possa surgir.

Em que pese a previsão de medidas cautelares nominadas variadas a partir do rol trazido pelo Projeto 156¹¹⁸ do Congresso brasileiro e pela Lei 12.403 de 2011, elas não contemplam todas as hipóteses oriundas da variedade infinita de situações que a vida social apresenta. Vale dizer, por mais pródigo que seja o legislador a tipificação de situações em que seja autorizado ao juiz acautelar direitos ameaçados, sempre haverá insuficiência da medida ante as situações singulares que o cotidiano reserva.¹¹⁹

Chama a atenção o autor que as cautelares típicas, trazidas ao CPP atual pela Lei 12.403 de 2011, e as futuras medidas a serem tipificadas no novo CPP, são resultado de casos concretos apreciados pela jurisprudência que, apoiados no poder geral de cautela, determinaram medidas cautelares não descritas abstratamente em qualquer texto legal.

¹¹⁷ LOPES JR., Aury. **A (In)Existência do Poder Geral de Cautela no Processo Penal**. Boletim IBCCRIM. Ano 17, nº 203, Out/2009. p.9.

¹¹⁸ Atual Projeto de Lei 8045/2010

¹¹⁹ SOUZA, José Nilton C. **Constituição e Processo Penal: O Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. p. 11. Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>. Acessado em 09 de setembro de 2017.

5 CONCLUSÃO

Perante o estudo realizado, chega-se à conclusão que o poder geral de cautela pode ser aplicado ao processo penal.

Percebe-se nitidamente que a intenção do legislador ao criar o rol de medidas cautelares trazido pela Lei 12.403 de 2011 e que modificou o art. 319 do CPP, foi claramente de evitar o uso excessivo do instituto do encarceramento preventivo e, ao mesmo tempo, dar ao juiz ferramentas que garantam o resultado útil do processo, que protejam o direito e preservem a ordem pública. Tal preocupação surgiu devido à alta população carcerária presa provisoriamente pois, como antes de 2011 existia somente as opções de liberdade ou prisão preventiva, os juízes, estando presentes os requisitos para a decretação do encarceramento, assim o faziam.

Neste período anterior ao rol do art. 319 do CPP, alguns magistrados, aplicando o art. 3º do CPP em confluência com o então art. 798 do então CPC, passaram a utilizar o instituto do poder geral de cautela, explícito no processo civil, no processo penal, determinando medidas cautelares atípicas que, enquanto resguardavam até certo ponto o *status libertatis* do réu, protegiam o resultado útil do processo. Tais decisões são fundamentadas apoiadas na doutrina favorável à decretação de medidas cautelares atípicas baseadas no poder geral de cautela, tanto com os princípios expressos na Constituição Federal e em acordos internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, sobressaindo o respeito aos direitos fundamentais, dentre eles os direitos de ir e vir, à presunção de inocência e à liberdade, como também nos princípios do direito, sobretudo o da proporcionalidade. Também justificam suas decisões alegando ser a finalidade do processo penal, proteger o investigado ou réu da exacerbação do poder punitivo do Estado, assim como o princípio da legalidade.

Diante dos argumentos dos autores e da jurisprudência apresentados neste estudo, acredita-se que a utilização subsidiária do poder geral de cautela, explícito no CPC, pelo magistrado do processo penal, invocando o art. 3º do CPP somado ao art. 297 do CPC, respaldados pelos princípios constitucionais e pelos princípios do direito, é admissível.

O art. 3º do CPP que reza que a lei processual penal deve ter interpretação extensiva e aplicação analógica e, igualmente, deve ter suas lacunas preenchidas pelos princípios gerais do direito. Tendo o processo penal a incumbência de limitar o

poder punitivo do estado, resguardando os direitos fundamentais do indivíduo processado, a interpretação da lei, assim como a aplicação análoga, deve resguardar ao máximo possível o *status libertatis* do réu mas, também, garantir o resultado útil do processo, protegendo o direito e a sociedade. Se for possível ao magistrado determinar, quando nenhuma das medidas típicas se mostrar suficiente e proporcional, uma medida cautelar atípica que proteja a sociedade, o direito e a aplicação jurisdicional eficaz, ao mesmo tempo evitando o encarceramento e preservando, mesmo que parcialmente, o direito de ir e vir do indivíduo, não só poderá como deverá fazê-lo.

O art. 297 do CPC positiva o poder geral de cautela ao dizer que o juiz “poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória”. Se é função do processo penal proteger o processado contra excessos do poder punitivo do estado, o juiz, ao aplicar a lei penal, disporá também do poder geral de cautela. Este poder se mostra uma ferramenta eficaz para a aplicação de medidas cautelares que evitem a decretação da medida extrema do encarceramento, sendo possível outras medidas que atendam as mesmas garantias que o instituto da prisão cautelar.

Diante da intenção do legislador ao positivar medidas cautelares diversas da prisão, de evitar o uso abusivo da prisão cautelar, tornando esta a medida extrema, fica nítido que, se o juiz detém o poder de decretar a cautelar mais gravosa possível, pode ele, também, determinar uma cautelar menos agressiva aos direitos fundamentais do réu, preservando, da mesma maneira que o encarceramento o faria, a sociedade, o direito e o resultado útil do processo.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto C. P. **Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2017
- BIANCHINI, Alice. **Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403/11**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CALAMANDREI, Piero. **Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CARVALHO, Thiago R.; BEDÊ, Judith A. S. **Supostos Históricos do Processo Cautelar**. Belo Horizonte: Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. nº 31. Jan/Abr 2017. p. 109. Disponível em <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/02/DIR31-08.pdf>.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. V.2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2105.
- DONIZETI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERANDES, Antônio S. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- IENNAO, Rodrigo. **Reforma do CPP: Cautelares, prisão e liberdade provisória**. Disponível em <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/reforma-do-cpp-cautelares-prisao-e-liberdade-provisoria-%E2%80%93-parte-final>.

LIMA, Marcellus P. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES Jr., Aury. **A (In)Existência do Poder Geral de Cautela no Processo Penal**. Boletim IBCCRIM. Ano 17, nº 203, Out/2009.

MAGALHÃES, Lúcia Regina Esteves. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 4: Curso “**O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal**”. EMERJ. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_227.pdf.

MARINS, V.A.A.B. **Tutela Cautelar: Teoria Geral e Poder Geral da Cautela**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MEDEIROS, Cícero A. **Aspectos Históricos das Medidas Cautelares no Processo Penal Brasileiro**. 2013. Disponível em <https://www.webartigos.com/artigos/1-aspectos-historicos-das-medidas-cautelares-no-processopenal-brasileiro/109906/>.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno** [livro eletrônico]. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel A.A. **Manual de direito processual civil**. Vol. Único. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Novo código de processo civil anotado/OAB. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A Reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

PINHO, Humberto D. B. **Direito Processual Civil Contemporâneo**: introdução ao processo civil, v.II. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANGUINÉ, Odone. Genealogia e Evolução Histórica da Prisão Cautelar. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo. **Processo Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUZA, José Nilton C. **Constituição e Processo Penal: O Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. V. II. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JR., Humberto. **Processo Cautelar**. 24ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério L.; DELMANTO Jr., Roberto. **Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais**. São Paulo: Revista do Advogado, nº 78, setembro/2004.

VILLAR, Willard C. **Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.764 - AC. Relator: Min. Celso de Mello. 2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22PAULO+GALLOTTI%22%29.min.&processo=114734&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 15/12/2017

Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. HC nº 94.147-RJ. Relatora: Min. Ellen Gracie. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=533849>. Acesso em: 15/12/2017

Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 114.734-ES. Relator: Min. Paulo Gallotti. 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2015%2F01561051+ou+201501561051&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 15/12/2017

Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 126.973-SP. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900138778&dt_publicacao=15/09/2014. Acesso em: 15/12/2017

Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 128.599-PR. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1274863&num_registro=201102510754&data=20131030&formato=HTML. Acesso em: 15/12/2017

Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 139.235-GO. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=139235+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 15/12/2017

Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 222.298-SE. Relator: Min. Jorge Mussi, 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1274863&num_registro=201102510754&data=20131030&formato=HTML. Acesso em: 15/12/2017

Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC nº 328.703-SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801941972&dt_publicacao=30/03/2009. Acesso em: 15/12/2017

LEGISLAÇÃO

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>

Brasil. **DECRETO nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do juízo no Processo Commercial (sic). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm

Brasil. **DECRETO-LEI nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm

Brasil. **DECRETO-LEI nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm

Brasil. **LEI nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm

Brasil. **LEI nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

Brasil. **LEI nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Código de processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm

Brasil. **LEI nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm